



# Boletín de Jurisprudencia



**AIDEF**  
Asociación Interamericana  
de Defensorías Públicas





## ÍNDICE



Argentina

**Páginas 5/10**



Brasil

**Páginas 14/25/36**



Chile

**Páginas 40/45/66**



Costa Rica

**Páginas 90/95/99**



Ecuador

**Páginas 103/108**



**México**

**Páginas 111/153/155**



**Nicaragua**

**Páginas 189/206/210/232**



**Paraguay**

**Páginas 247/265/280**



**República Dominicana**

**Páginas 305**



**Uruguay**

**Páginas 326/331**



## PRÓLOGO

Desde la Asociación de Defensores de Oficio del Uruguay (ADEPU) hemos venido trabajando en la elaboración del presente repertorio, que no hace más que plasmar el fuerte trabajo que las diferentes Defensorías Públicas Oficiales de la región vienen llevando a cabo en la defensa de los Derechos Humanos de aquellas personas más vulnerables.

Ciertamente resulta imposible representar en un documento (que por su condición de tal, necesariamente resulta ser acotado y circunscripto a casos puntuales, que cada uno de los integrantes de la AIDEF decidieron elevar para su consideración y promoción) todo el trabajo que se realiza por parte de las Defensorías Públicas Oficiales de cada país. No obstante ello, las pinceladas que pueden visualizarse de la faena que cada Defensora y Defensor realiza, irradian seriedad, compromiso, empatía y conocimiento. Valores todos que elevan aún más los estándares que intentamos promover desde nuestra querida AIDEF.

Saludamos por tanto, especialmente a esa Defensora, a ese Defensor, que muchas veces se encuentra por fuera de los ámbitos de decisión; pero que no obstante ello, con dedicación, estudio e hidalguía, lucha cada día del año, para que en su respectiva Comunidad, exista un referente que vele por la protección de aquellas personas que así lo necesitan, teniendo siempre presente que sin Defensa no hay Justicia.

Por último, pero no menos importante, agradecemos tanto a la Coordinación General, a la Secretaría General como a todos los integrantes de la AIDEF, por haber confiado en nuestra Asociación de Defensores de Oficio del Uruguay para llevar a cabo la presente recopilación.

COMISION DIRECTIVA

ASOCIACION DEFENSORES DE OFICIO DEL URUGUAY



**Argentina**



## **Hechos**

En 1924 residían en el territorio chaqueño denominado Reducción de Indios de Napalpí aproximadamente mil personas de los pueblos Moqoit y Qom. La situación de los pueblos era de extrema vulnerabilidad, no tenían acceso a bienes esenciales y se encontraban sometidos a condiciones de trabajo análogas a la esclavitud. El 19 de julio de ese año, en el marco de una huelga contra las condiciones a las que estaban sometidos, personal policial y de gendarmería junto con personas civiles armadas ingresaron a la localidad y dispararon contra la población de forma indiscriminada. Como resultado, fueron asesinadas entre cuatrocientas y quinientas personas. En 2022, el Ministerio Público Fiscal requirió la realización de un juicio por la verdad a fin de obtener una resolución judicial declarativa de los hechos ocurridos en la denominada “Masacre de Napalpí”. Cabe destacar que un juicio por la verdad es un proceso judicial impulsado ante algún tipo de imposibilidad legal para el ejercicio de la acción penal y su objetivo es investigar el hecho delictivo y que se dispongan distintos tipos de medidas de reparación.

## **Decisión y argumentos:**

El Juzgado Federal de Resistencia N°1 declaró probados los hechos descriptos por la acusación como la Masacre de Napalpí. Además, tuvo por probado que existió responsabilidad del Estado en la planificación, ejecución y encubrimiento de los delitos de homicidio agravado en concurso con reducción a la servidumbre. Por otra parte, declaró los hechos como crímenes de lesa humanidad cometidos en el marco de un proceso de genocidio de los pueblos indígenas. En ese sentido, ordenó la traducción de los alegatos finales y la sentencia a las lenguas Qom y Moqoit. A su vez, entre las medidas de reparación dispuestas, el juzgado ordenó un pedido de disculpas del Estado provincial a los pueblos Qom y Moqoit, la comunicación de la sentencia a los organismos internacionales de protección de los derechos indígena y la capacitación de las fuerzas federales y provinciales en el respeto a los derechos humanos de los pueblos originarios. También exhortó al Estado Nacional a implementar políticas públicas de reparación histórica a los pueblos damnificados y a fortalecer las existentes referidas a la prevención y erradicación del odio, racismo, discriminación y xenofobia. Por último, a los fines de garantizar el cumplimiento de la sentencia, dispuso la conformación de una unidad ejecutora como mecanismo de



supervisión del cumplimiento de las medidas de reparación (jueza Nirempreger). 1. Derecho a la verdad. Víctima. Derechos Humanos. Prescripción. “[El juicio por la verdad] desarrollado en este caso tuvo como objetivo principal el esclarecimiento de la verdad, aspecto que puede ser analizado desde diversas perspectivas. En primer lugar, se trata de un derecho que permanece inmutable por el paso del tiempo y, por lo tanto, es imprescriptible”. “[E]l derecho autónomo a la verdad se manifiesta con alcance individual, respecto del derecho de las víctimas y familiares a recibir información sobre graves violaciones a los derechos humanos, y otro colectivo, que se relaciona con la necesidad de que la sociedad conozca lo que pasó. Tales aspectos se traducen a la vez en una obligación por parte del Estado y es el sentido que motiva el proceso desarrollado en este caso, generando el espacio institucional donde todos y todas [puedan] escuchar a los testigos, a los sobrevivientes, familiares y a todos aquellos que investigaron sobre el asunto. En definitiva, se trata de agotar los medios y recursos disponibles para efectuar una reconstrucción histórica de los acontecimientos del modo más preciso posible. En base a tales lineamientos, [se hizo] lugar a la realización del juicio con las características requeridas por las partes...”. 2. Pueblos indígenas. Delitos de lesa humanidad. Responsabilidad del Estado. “[S]e puede tener por acreditado que la Masacre de Napalpí no fue un hecho aislado, sino que se insertó dentro de un proceso que buscó –y logró– en mayor escala, avanzar sobre el territorio indígena a fin de otorgar dichas tierras a colonos ‘criollos o europeos’, para así extender las tierras productivas según las demandas del mercado global”. “[L]as condiciones de vida a la que fueron sometidos los empleados de la reducción de Napalpí fueron deplorables, vivían hacinados/as, sin vestimenta apropiada, con poca comida y de mala calidad, sin atención médica ni posibilidad de escolarizarse [...]. Asimismo, fue decretada su prohibición de salir del territorio y no podían elegir dónde y para quien trabajar. Las mujeres indígenas trabajaban intensamente y sin remuneración, eran frecuentes los abusos, es decir, en condiciones análogas a la esclavitud. De esta manera, el Estado perpetraba esta situación abusiva, coartando por todas las vías las libertades de los indígenas”. “Un análisis integral de la prueba producida, permite afirmar que existió responsabilidad del Estado Nacional Argentino en el proceso de planificación, ejecución y encubrimiento los hechos reseñados previamente [...]. La expresión delitos de ‘lesa humanidad’ identifica a aquellos fenómenos criminales que por su singular gravedad afectan no solo al individuo, comunidad o región,



sino que es un daño compartido por el género humano por tal condición. Es decir, son crímenes contra la humanidad”. “[E]l requisito central que debe configurarse se trata de que tales hechos sean llevados a cabo como parte de un ‘ataque generalizado o sistemático’. El ataque generalizado se refiere a hechos cometidos a gran escala y contra múltiples víctimas y el ataque sistemático requiere de un patrón o de un plan metódico. La verificación conjunta o individual de alguna de estas características es precisamente lo que distingue un delito ordinario de un delito de lesa humanidad, ya que quedarían por fuera todos aquellos hechos aislados o aleatorios. La Masacre de Napalpí comprende ambos fenómenos criminales, ya que se trató de un ataque generalizado y sistemático”. “[E]l ataque fue ejecutado de conformidad con la política del Estado Argentino, ya que [...] existió responsabilidad de autoridades políticas de nuestro país en el proceso de planificación, ejecución y encubrimiento de la Masacre de Napalpí. [Corresponde] identificar a la Masacre de Napalpí como un crimen de lesa humanidad cometido en el marco de un proceso de genocidio contra los pueblos indígenas [...]. [E]n la República Argentina habría existido una política de Estado ejecutada con el fin de erradicar a las comunidades indígenas de nuestro país, arrasando a su paso con sus rasgos identitarios y culturales”. 3. Reparación. Víctima. Pueblos originarios. Debida diligencia. Perspectiva de interseccionalidad. Vulnerabilidad. “[A] fin de evaluar el modo más adecuado de recomponer el daño causado, [resulta] prudente tomar como parámetros interpretativos los estándares fijados por la Organización Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos”. “[La] reparación debe ser efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, teniendo por finalidad promover la justicia y remediando las violaciones a los derechos mencionados respecto de las víctimas, los sobrevivientes, de las generaciones futuras de las comunidades indígenas y de la sociedad en general”. “Teniendo en cuenta la naturaleza del hecho y el tiempo transcurrido, solo es posible contribuir a la restitución de ciertos derechos colectivos que fueron dañados a partir de la Masacre de Napalpí, en particular aquellos perjuicios que subsisten en cuanto a la identidad y su cultura, dignidad, el derecho al duelo y al entierro de los muertos, y todo aquello que resulte necesario para que la sociedad internalice como parte de su historia el modo en que ocurrieron los hechos. Desde esta perspectiva, las [...] medidas de reparación integral (satisfacción y no repetición)



operan como una vía adecuada para mitigar el efecto del daño causado en tales aspectos, a la vez que tienen una impronta adecuada para amplificar el conocimiento de lo sucedido y de ese modo evitar su repetición”. “Es importante evaluar la situación de las comunidades víctimas desde un enfoque interseccional, ya que no escapa al presente análisis las diversas vulnerabilidades que atraviesan los integrantes de las Comunidades Qom y Moqoit que fueron víctimas de los hechos probados: se trata de comunidades indígenas, sometidas a condiciones de marginación, pobreza y discriminación estructural por razones históricas, étnicas, sociales y culturales. Además de considerar que los hechos fueron cometidos también contra niños/as, mujeres y ancianos/as. Por ello, cuando [se habla] de debida diligencia en estos casos el accionar del Estado debe estar atravesado por un enfoque que contemple especialmente tales particularidades contextuales, lo cual acentúa la obligación de investigar y juzgar estos hechos, pero además demostrar que las medidas realizadas son idóneas y efectivas para el cumplimiento de dicha finalidad. Desde esta perspectiva, es necesario reconocer las diversas manifestaciones de la discriminación histórica y estructural que han sido objeto las comunidades indígenas de nuestro país y, a partir de la determinación de lo ocurrido y la difusión de las graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos cometidas, procurar neutralizar su repetición crónica y mitigar el impacto del daño causado”.

**VER SENTENCIA COMPLETA EN:**

[https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Masacre%20de%20Napalp%c3%ad%20\(Causa%20N%c2%b0%209846\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Masacre%20de%20Napalp%c3%ad%20(Causa%20N%c2%b0%209846).pdf)



## ‘Programa Interministerial de Salud Mental Argentino’ (PRISMA) del Complejo Penitenciario Federal I (CPF I, cárcel de Ezeiza)

Juzgado Federal Criminal y Correccional de Lomas de Zamora.

25/08/2022.

[Enlace al caso.](#)

**VISITAS ÍNTIMAS; HABEAS CORPUS; SALUD MENTAL; PERSONAS CON DISCAPACIDAD; REUNIÓN CONYUGAL; AGRAVAMIENTO CONDICIONES DE DETENCIÓN; RESTRICCIÓN IRRAZONABLE**

### **Hechos**

Los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Salud de la Nación, mediante la Resolución Conjunta 1075/2011 y 1128/2011, crearon el Programa Interministerial de Salud Mental Argentino (en adelante, PRISMA) con fecha 27 de julio de 2011. En los considerandos de dicha resolución se relevó que la Ley Nacional de Salud Mental nro. 26.657 tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos de aquellas con padecimiento mental. También se invocó allí el artículo 7º de la Ley N° 26.657, en cuanto enuncia los derechos de las personas con padecimientos mentales, destacando entre éstos el de recibir atención sanitaria humanizada a partir del acceso igualitario y equitativo a las prestaciones, lo que necesariamente implica para aquellos privados de su libertad el cumplimiento de los lineamientos establecidos en la referida ley. Ante ello, se indicó en la resolución, resultaba necesario promover el ejercicio del derecho a la salud de toda persona privada de su libertad en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal, en especial el derecho a la salud mental, de conformidad con lo dispuesto, también, por el artículo 143 de la Ley 24.660. Y se agregó que, en pos de coordinar políticas públicas en materia de Salud Mental en beneficio de las personas privadas de su libertad y de quienes egresaran del SPF, devenía necesario un programa que involucrara a ambos ministerios, creándose así el PRISMA. Se agregó en la



resolución que el mencionado Programa comprendería los servicios psiquiátricos dependientes del SPF que funcionan tanto para hombres como para mujeres.

El 30 de octubre de 1997 se dictó el Decreto 1136/97, que constituye la reglamentación del Capítulo XI de la ley 24660, relativo a las "Relaciones Familiares y Sociales" (artículos 158 a 167) y que atañe a las comunicaciones de los internos con sus familiares, allegados, y abogados. Entre las visitas de índole familiar, el decreto reglamenta las de "consolidación familiar" (art. 30 inc. c) y dentro de esta categoría se ubican las visitas de "reunión conyugal" (art. 52 inc. d). Según la reglamentación, éstas son en favor del interno que no goza de permiso de salida para afianzar los lazos familiares, y que entonces puede recibir esa visita de su cónyuge, o, a falta de éste, de la persona con quien mantenía vida marital al momento de la detención (art. 56). También se garantiza esta visita, previo estudio e informe del Servicio Social, en el caso de una relación afectiva iniciada con posterioridad a la detención, siempre que se acredite una vinculación previa no inferior a los 6 meses. Luego se reglamentan otras cuestiones acerca del tiempo, modo y condiciones para poder gozar de esta modalidad de visitas (art 57, 58, 58, 59) y ente ellas se establece que para acceder a la misma, y luego en forma semestral -por lo menos- se debe requerir un informe del Servicio Médico del establecimiento sobre el estado de salud psicofísica del interno y otro externo sobre el estado de salud psicofísica del visitante. Ahora bien, el art. 68 de esa norma establece que "no podrá recibir la visita de reunión conyugal el interno alojado en establecimientos o secciones especiales de carácter asistencial, médico, psiquiátrico o en los que se desarrollen regímenes terapéuticos especializados". De este modo, refieren que una aplicación irrestricta y literal de la norma importa en los hechos impedir a todos quienes se alojan en este tipo de establecimientos, independientemente del padecimiento que sufran, el acceso a las visitas de reunión conyugal o de pareja. En el marco del PRISMA se tratan personas con enfermedades de diferentes naturaleza y gravedad y la práctica pone en evidencia que hay personas alojadas allí que provienen de pabellones comunes en los cuales gozaban del derecho a la visita conyugal y que en virtud de su eventual traslado se encuentran con una nueva realidad que trunca la continuidad de dichos vínculos. Frente a ello, los defensores consideraron que la disposición en cuestión debe ser interpretada y aplicada de acuerdo a las leyes vinculadas a esta temática actualmente vigentes, que son la normativa de salud atinente a los derechos del paciente, la ley de Salud Mental y las



normas sobre discapacidad y no discriminación, considerando los principios, derechos y garantías establecidos por ellas. Así, entienden que en función de esas directivas y de la restante normativa que regula la cuestión, corresponde verificar, si existe en ellas alguna disposición que avale la prohibición de las visitas conyugales o de pareja para las personas aludidas en el artículo 68 del Decreto 1136/97, o por el contrario, si de ella emerge un reconocimiento de derechos en tal sentido, o al menos una permisón implícita (art. 19 CN) que aconseje realizar una interpretación del aludido decreto que comulgue con dichos principios.

En ese sentido, refieren que la ley 26529 (promulgada de hecho el 19 de noviembre de 2009) que rige los derechos de los pacientes en general, no establece ninguna disposición de similar o parecido tenor a la que analizamos. Ya más particularmente, en lo que respecta a la salud mental (que es la materia que involucra a los destinatarios del decreto) la ley que regula el Derecho a la Protección de la Salud Mental, nro. 26.657 (promulgada el 2 de diciembre 2010) no sólo no establece limitaciones de esta especie, sino que, al contrario, de su texto se deduce un firme posicionamiento favorable al reconocimiento más amplio de los derechos de las personas con padecimientos mentales, del que no cabría excluir aquél vinculado a la unión conyugal o de pareja, y los consecuentes derechos reproductivos. Así, los defensores destacan que en el artículo 1 de la Ley de Salud Mental se establece que su objeto es asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental. Luego, se indica que la salud mental es un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implican una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona (art. 3). De esta disposición, podría argüirse que la limitación de la visita conyugal o de pareja a pacientes de establecimientos psiquiátricos tiene como propósito evitar el riesgo para la integridad del visitante, o del paciente mismo.

### **Decisión y Argumentos**

En su resolución, el juzgado concluyó que la restricción a las visitas íntimas afecta a los derechos del colectivo por el que se inició la acción hábeas corpus y agrava sus condiciones de detención.



Así, sostiene que, sin perjuicio de sostener que hasta el momento el Servicio Penitenciario Federal se ha regido por una normativa específica -artículo 68 del Decreto 1136/97- que expresamente prohíbe la visita de reunión conyugal a los internos alojados en establecimientos como el PRISMA, cierto es que del análisis conglobado de la norma a la luz de la actual normativa de salud mental, esto es la Ley 26.657, como así también la Ley 25.673 que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, sumado a la opinión desfavorable vertida por la Coordinadora del PRISMA respecto a sostener la restricción de las visitas; se concluye que, en los hechos los derechos del colectivo accionante se encuentran afectados, produciendo de este modo un agravamiento de sus condiciones de detención.

Por eso, encomendó a los profesionales del PRISMA elaborar un listado de las personas que se encontrarían en condiciones de mantener visitas íntimas, de acuerdo a la situación de salud de cada una de ellas. Una vez obtenido el listado, las autoridades del SPF tendrán que llevar adelante las medidas que sean necesarias a fin de implementar el usufructo de las visitas por parte del colectivo amparado.

**VER SENTENCIA COMPLETA EN:**

[https://www.mpd.gov.ar/pdf/Sentencia\\_prisma.pdf](https://www.mpd.gov.ar/pdf/Sentencia_prisma.pdf)



**Brasil**



## AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS

AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE. IPPSC (RIO DE JANEIRO). RESOLUÇÃO CORTE IDH 22/11/2018. PRESO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO-PARTE. SENTENÇA DA CORTE. MEDIDA DE URGÊNCIA. EFICÁCIA TEMPORAL. EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. PRINCÍPIO PRO PERSONAE. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO INDIVÍDUO, EM SEDE DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL (PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE - DESDOBRAMENTO). SÚMULA 182 STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

**Fecha:** 15 de junio de 2021

**Tribunal:** T5 – Quinta Turma (Superior Tribunal de Justiça)

**Tema:** Recurso de Regimiento en el Recurso Ordinario de Hábeas Corpus

**Resumen legal:** Se trata del notorio caso del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho de Río de Janeiro (IPPSC), objeto de numerosas Inspecciones que culminaron con la Resolución de la Corte IDH del 22/11/2012.

**Decisión y Argumentos Trascendentales:** Esta Resolución se produjo al reconocer al citado Instituto como inadecuado para la ejecución de penas, especialmente en situaciones consideradas degradantes y/o inhumanas, y determinó que “todos los días de privación de libertad servidos en el IPPSC, para todas las personas allí alojadas, que sean no acusados de delitos contra la vida o la integridad física, o de delitos sexuales, o no hayan sido condenados por ellos”, en los términos de la presente Resolución.

**Enlace de acceso:**

<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28AGRRHC.clas.+ou+%22AgRg+no+RHC%22.clap.%29+e+%40num%3D%22136961%22%29+ou+%28%28AGRRHC+ou+%22AgRg+no+RHC%22%29+adj+%22136961%22%29.suce>



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1863229 - PA (2020/0043787-2)**

**RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**

AGRAVANTE : EUCLIDES ROCHA DE OLIVEIRA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL – CP. CONDENAÇÃO RESTABELECIDADA. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ AFASTADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Afasta-se a incidência da Súmula n. 7 do STJ ao caso concreto, pois a análise das questões formuladas no recurso especial independe de revolvimento do contexto fático probatório dos autos, mas tão somente da reavaliação do panorama posto no próprio acórdão de segundo grau de jurisdição.
2. Sendo certo que o tipo previsto no art. 149 do CP é plurissubsistente, caracteriza-se o crime mediante a prática quaisquer das ações ali descritas. Precedentes.
3. Na hipótese, a sentença condenatória - reproduzida pelo acórdão recorrido - destacou a ausência de água potável, instalações sanitárias e alojamentos adequados, equipamentos de proteção pessoal, material de primeiros socorros, e endividamento dos trabalhadores mediante o adiantamento de valores para a aquisição de gêneros alimentícios, circunstâncias que caracterizam as condições degradantes de trabalho que correspondem ao tipo penal.



4. Agravo regimental desprovido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de setembro de 2021.

JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

*Superior Tribunal de Justiça*

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

QUINTA TURMA

AgRg no AgRg no

Número Registro: 2020/0043787-2 **REsp 1.863.229 / PA MATÉRIA CRIMINAL**

Números Origem: 00013180920084013901 13180920084013901 200812250  
200839010012250 200839010013203 201905505946 2705502 4649997 5452010

EM MESA JULGADO: 24/08/2021

### Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO** Secretário



Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO : EUCLIDES ROCHA DE OLIVEIRA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a liberdade pessoal - Redução a condição análoga à de escravo

### **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : EUCLIDES ROCHA DE OLIVEIRA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Julgamento adiado por indicação do Sr. Ministro Relator" 542542155092=044=0641@2020/0043787-2 - REsp 1863229 Petição : 2021/0072216-4 (AgRg)



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1863229 - PA (2020/0043787-2)**

**RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**

AGRAVANTE : EUCLIDES ROCHA DE OLIVEIRA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL



## EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL – CP. CONDENAÇÃO RESTABELECIDA. ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ AFASTADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Afasta-se a incidência da Súmula n. 7 do STJ ao caso concreto, pois a análise das questões formuladas no recurso especial independe de revolvimento do contexto fático probatório dos autos, mas tão somente da reavaliação do panorama posto no próprio acórdão de segundo grau de jurisdição.
2. Sendo certo que o tipo previsto no art. 149 do CP é plurissubsistente, caracteriza-se ao crime mediante a prática quaisquer das ações ali descritas. Precedentes.
3. Na hipótese, a sentença condenatória - reproduzida pelo acórdão recorrido - destacou a ausência de água potável, instalações sanitárias e alojamentos adequados, equipamentos de proteção pessoal, material de primeiros socorros, e endividamento dos trabalhadores mediante o adiantamento de valores para a aquisição de gêneros alimentícios, circunstâncias que caracterizam as condições degradantes de trabalho que correspondem ao tipo penal.
4. Agravo regimental desprovido.

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto por EUCLIDES ROCHA DE OLIVEIRA em face de decisão de fls. 735/740, que reconsiderou decisão anterior e deu provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, para restabelecer a sentença condenatória e determinar que o Tribunal *a quo* prossiga no julgamento das demais questões levantadas em sede de apelação.

O recorrente sustenta que *"o presente recurso especial não deve ser conhecido, de modo que a análise da pretensão veiculada no Recurso Especial somente se faz possível em face do reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado pelas Súmulas 7 e 83 desse egrégio Superior Tribunal de Justiça"* (fls. 748/749).



Afirma que mediante a análise dos autos não é possível verificar suporte à comprovação prática do delito previsto no art. 149 do Código Penal, considerando que o relatório de fiscalização que embasa a condenação foi elaborado por "*fiscais afetados pelo exercício do ofício e sem discernimento da matéria criminal*" (fl. 750). Aduz que não há elementos que indiquem a restrição de liberdade característica do delito. Pretende a reconsideração ou o julgamento do recurso pelo colegiado. É o relatório.

## VOTO

Em que pesem os argumentos recursais, o recurso não merece ser provido. Consoante ressaltado pela decisão ora recorrida, afasta-se a incidência da Súmula n.7/STJ ao caso, pois a análise das questões formuladas no recurso especial independe de revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, mas tão somente da reavaliação do quanto delineado no acórdão de segundo grau de jurisdição. Por outro lado, o tipo previsto no art. 149 do Código Penal é plurissubsistente, caracterizando-se o crime mediante a prática quaisquer das ações ali descritas. Cita-se precedente (grifo nosso):

*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO DE RECURSO JÁ ANALISADO POR ESTA CORTE. PEDIDO DE EXTENSÃO DE ORDEM CONCEDIDA A CORRÉU PELO COLEGIADO DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA-PROCESSUAL ENTRE OS DENUNCIADOS. REQUISITOS DO ART. 580 DO CPP NÃO ATENDIDOS. AGRAVO DESPROVIDO.*

[...]

**3. No art. 149 do Código Penal são previstas condutas alternativas que, isoladamente, subsumem se ao crime de redução a condição análoga à de escravo, tratando-se, portanto, de crime plurissubsistente. Assim, tendo sido atribuído ao réu o verbo "sujeitar alguém a condições degradantes de trabalho", o simples fato de não ter sido descrito cerceamento do direito de locomoção dos trabalhadores explorados não denota a ausência de tipicidade das condutas descritas na peça acusatória.**

4. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no RHC 85.875/PI, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/4/2018, DJe 2/5/2018).



No caso, a sentença condenatória - reproduzida pelo acórdão recorrido - destacou a ausência de água potável, instalações sanitárias e alojamentos adequados, equipamentos de proteção pessoal, material de primeiros socorros e endividamento dos trabalhadores mediante o adiantamento de valores para a aquisição de gêneros alimentícios, circunstâncias que caracterizam as condições degradantes de trabalho que correspondem ao tipo penal.

No mesmo sentido, foram destacados os seguintes precedentes (grifo nosso):

*RECURSO ESPECIAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. CONDENAÇÃO EM 1º GRAU. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PORQUE NÃO CONFIGURADA RESTRIÇÃO À LIBERDADE DOS TRABALHADORES OU RETENÇÃO POR VIGILÂNCIA OU MEDIANTE APOSSAMENTO DE DOCUMENTOS PESSOAIS. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA E CONTEÚDO VARIADO. SUBMISSÃO A CONDIÇÕES DE TRABALHO DEGRADANTES. DELITO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO RESTABELECIDA. RECURSO PROVIDO.*

***1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o delito de submissão à condição análoga à de escravo se configura independentemente de restrição à liberdade dos trabalhadores ou retenção no local de trabalho por vigilância ou apossamento de seus documentos, como crime de ação múltipla e conteúdo variado, bastando, a teor do art. 149 do CP, a demonstração de submissão a trabalhos forçados, a jornadas exaustivas ou a condições degradantes.***

***Precedentes.***

***2. Devidamente fundamentada a condenação pela prática do referido delito em razão das condições degradantes de trabalho e de habitação a que as vítimas eram submetidas, consubstanciadas no não fornecimento de água potável, no não oferecimento, aos trabalhadores, de serviços de privada por meio de fossas adequadas ou outro processo similar, de habitação adequada, sendo-lhes fornecido alojamento em barracos cobertos de palha e lona, sustentados por frágeis caibros de***



***madeira branca, no meio da mata, sem qualquer proteção lateral, com exposição a riscos, não há falar em absolvição.***

*3. Recurso especial provido para restabelecer a sentença condenatória, determinando que o Tribunal de origem prossiga no exame do recurso de apelação defensivo.*

(REsp 1843150/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/5/2020, DJe 2/6/2020).

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DO TRABALHADOR NÃO É CONDIÇÃO ÚNICA DE SUBSUNÇÃO TÍPICA. TRATAMENTO SUBUMANO AO TRABALHADOR. CONDIÇÕES DEGRADANTES DE TRABALHO. FATO TÍPICO. SÚMULA N. 568/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

***1. O artigo 149 do Código Penal dispõe que configura crime a conduta de "reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto".***

***2. O crime de redução a condição análoga à de escravo pode ocorrer independentemente da restrição à liberdade de locomoção do trabalhador, uma vez que esta é apenas uma das formas de cometimento do delito, mas não é a única. O referido tipo penal prevê outras condutas que podem ofender o bem juridicamente tutelado, isto é, a liberdade de o indivíduo ir, vir e se autodeterminar, dentre elas submeter o sujeito passivo do delito a condições degradantes de trabalho. Precedentes do STJ e STF.***

*3. Incidência da Súmula 568/STJ: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema."*

*4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1467766/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/8/2019, DJe 10/9/2019).*



Diante do exposto, voto pelo desprovimento do recurso.

*Superior Tribunal de Justiça* S.T.J

Fl. \_\_\_\_\_

## **CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

### **QUINTA TURMA**

#### **AgRg no AgRg no**

Número Registro: 2020/0043787-2 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.863.229 / PA**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00013180920084013901 13180920084013901 200812250  
200839010012250 200839010013203 201905505946 2705502 4649997 5452010

EM MESA JULGADO: 14/09/2021

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO : EUCLIDES ROCHA DE OLIVEIRA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a liberdade pessoal - Redução a condição análoga à de escravo



## **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : EUCLIDES ROCHA DE OLIVEIRA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

## **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental." Os Srs. Ministros Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator. C542542155092=044=0641@ 2020/0043787-2 - REsp 1863229 Petição : 2021/0072216-4 (AgRg)

## **VER SENTENCIA COMPLETA EN:**

<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28AGRRHC.clas.+ou+%22AgRg+no+RHC%22.clap.%29+e+%40num%3D%22136961%22%29+ou+%28%28AGRRHC+ou+%22AgRg+no+RHC%22%29+adj+%22136961%22%29.suce.>



# PETICION

## IMPLEMENTACIÓN DE UNA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE HIGIENE MENSTRUAL

**Fecha:** 16 de diciembre 2021

**Tribunal:** Tribunal Civil Federal de la Sección Jurisdiccional de Río de Janeiro

**Tema:** Implementación de la política pública nacional de higiene menstrual

**Resumen legal:** Entendiendo el impacto que provoca la pobreza menstrual en la vida de las personas que tienen el período menstrual, la Defensoría Pública del Sindicato, a través del “Grupo de Trabajo de la Mujer”, envió una petición al Sindicato, con el fin de proponer sobre la implementación de un política pública nacional de higiene menstrual. El objetivo de esta petición es garantizar la dignidad menstrual, promoviendo el suministro gratuito de toallas sanitarias a través del Sistema Único de Salud (SUS), con la incorporación del producto a la Lista Nacional de Medicamentos Esenciales (RENAME) del Ministerio de Salud. La petición también sugiere, al Congreso Nacional, el derrocamiento del veto presidencial, con el objetivo de rescatar y garantizar la dignidad de las niñas, mujeres y hombres trans, especialmente los más afectados por la pobreza menstrual, que son personas en prisión.

**Decisión y Argumentos Trascendentales:** Es evidente, en la hipótesis analizada, una clara situación de violación de la garantía constitucional de respeto a la integridad física y moral (art. 5) y de omisión injustificada de la administración en la realización de las políticas esenciales para la promoción de la dignidad humana.

**Enlace de acceso:** DPU se manifiesta sobre veto ao projeto de oferta gratuita de absorventes – DPU – Direitos Humanos

<https://promocaodedireitoshumanos.dpu.def.br/dpu-se-manifesta-sobre-veto-ao-projeto-de-oferta-gratuita-de-absorventes/>



## PETIÇÃO

EXMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) FEDERAL DA \_\_ VARA FEDERAL CÍVEL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

**A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, dos necessitados, com fundamento no art. 5º, LXXIV, e no art. 134 da Constituição Federal, bem como nos art. 3º-A, I, II e III, art. 4º I, II, III, X, X e XVIII, da Lei Complementar nº 80/1994, vem, pela defensora pública federal que ao final assina a presente, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA, com pedido de tutela de urgência**, em face da **UNIÃO**, pessoa jurídica de direito público, com endereço eletrônico para recebimento de intimações (eletrônicas) previamente cadastrado e conhecido por este Juízo, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos.

### I – DOS FATOS

Em 28 de maio último, Dia Internacional da Dignidade Menstrual, o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) lançaram o relatório "Pobreza Menstrual no Brasil: desigualdade e violações de direitos".

O referido documento, em anexo, contém estudo indicando que mais de 4 milhões de meninas não têm acesso a itens mínimos de [cuidados menstruais nas escolas](#), o que muitas vezes leva à evasão escolar.

A dificuldade de acessar produtos destinados à higiene menstrual tem impactos fisiológicos, psíquicos e sociais na vida de meninas e mulheres em situação de pobreza menstrual.

As soluções improvisadas, tais como conter o sangramento através de panos usados não higienizados, jornal e até miolo de pão<sup>[1]</sup>, submetem as mulheres aos riscos de infecções urogenitais, além dos desconfortos físico e emocional que violam frontalmente a dignidade da pessoa humana.

Assim é que, na linha do relatório supramencionado, avançar em direção à garantia da dignidade menstrual significa atuar sobre os seguintes Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS presentes na Agenda 2030 da ONU:

“Objetivo 1 – Erradicação da pobreza: possui como propósito acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares, sendo por isso, considerado o maior desafio global na busca do desenvolvimento sustentável;



07/04/2022 11:20

SEIDPU - 4897482 - Petição

Objetivo 3 - Saúde e bem-estar: tem como finalidade assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, independentes de idade, considerando essas como essenciais ao fomento das capacidades humanas;

Objetivo 4 - Educação de qualidade: atinente à garantia de educação inclusiva e equitativa de qualidade, e à promoção de oportunidades de aprendizagem, em todos os níveis de educação, ao longo da vida, para todos. A promoção da capacitação e empoderamento dos indivíduos é o centro deste objetivo, que visa ampliar as oportunidades das pessoas mais vulneráveis no caminho do desenvolvimento.

Objetivo 5 – Igualdade de gênero – significa garantir condições mais equânimes e justas entre mulheres e homens, garantindo iguais oportunidades e o empoderamento de mulheres e meninas. É um esforço transversal a toda Agenda 2030, tendo um efeito multiplicador no desenvolvimento sustentável. Embora não explícito na Agenda 2030, a dignidade menstrual pode ser entendida como uma consequência da autonomia corporal feminina, abordada na meta 5.6, que visa “assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva”, e, principalmente, através do indicador consequente 5.6.1, que se destina a analisar “a proporção de mulheres com idade entre 15 e 49 anos que tomam decisões informadas sobre suas relações sexuais, uso de contraceptivos e cuidados com saúde reprodutiva”, conforme apontado pelo relatório “Meu Corpo me Pertence: Reivindicando o Direito à Autonomia e à Autodeterminação” produzido pelo UNFPA;”

O Conselho Nacional de Direitos Humanos, na Recomendação 21/2020, citando pesquisa realizada por fabricante de absorventes higiênicos, destacou que, na faixa de 12 a 14 anos, 22% das meninas afirmam não ter acesso a produtos confiáveis relacionados à menstruação, por não terem condições financeiras.

No referido ato, o CNDH recomendou ao Presidente da República, ao Presidente da Câmara dos Deputados e ao Presidente do Senado Federal, a criação de um marco legal para superar a pobreza menstrual e a garantia de isenções de impostos de produtos correlacionados.

Contudo, no dia 07 de outubro do corrente ano, foi publicada no Diário Oficial a Mensagem 503 da Presidência da República, através da qual o Presidente da República vetou parcialmente o Projeto de Lei 4.968/2019, voltado à instituição de Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual.

Consoante se depreende do teor da mensagem, em anexo, foram vetados pelo Presidente os artigos que dispunham sobre o fornecimento gratuito de absorventes higiênicos femininos e as suas beneficiárias, sob a alegação, em suma, de que não haveria previsão da fonte de custeio, de que os absorventes não se enquadrariam nos insumos padronizados pelo Sistema Único de Saúde -SUS, não se encontrando na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais- RENAME, bem como de que, ao estipular as beneficiárias específicas, a medida não se adequaria ao princípio da universalidade, da integralidade e da equidade no acesso à saúde do Sistema Único de Saúde - SUS.

Importa dizer que, embora os meios de comunicação hajam veiculado possível articulação política para a derrubada do veto pelo Congresso Nacional, o fato é que o referido veto presidencial não foi sequer apreciado até o momento, o que se verifica em consulta ao andamento da sua respectiva tramitação (<https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/14728>).

Acrescente-se que, em sentido similar ao teor do veto presidencial, o Ministério da Saúde havia respondido a ofício encaminhado pela Defensoria Pública da União (Ofício nº 510270/2021 - DPU RJ/2DRDH RJ 0021160361), solicitando informações sobre o fornecimento de absorventes higiênicos às estudantes do ensino fundamental e médio da rede pública, que a RENAME contempla os medicamentos e insumos disponibilizados no SUS, além de determinados medicamentos de uso hospitalar e outros insumos para saúde, porém os absorventes higiênicos não se enquadrariam nos insumos padronizados pelo Sistema Único de Saúde - SUS, não se encontrando na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais-RENAME (DESPACHO COSMU/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS, de 20 de julho de 2021).



07/04/2022 11:20

SEI/DPU - 4897482 - Petição

Ainda de acordo com o Ministério da Saúde, a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher – PNAISM refletiria o compromisso com a estruturação de ações de saúde que contribuam para a garantia dos direitos humanos das mulheres e reduzam a morbimortalidade por causas preveníveis e evitáveis.

Todavia, compulsando os princípios e diretrizes da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher – PNAISM, consubstanciados no documento em anexo, verifica-se que a higiene menstrual é absolutamente ignorada pelo Ministério da Saúde.

Em todo o documento, a menstruação é mencionada uma única vez, ironicamente, no contexto de abordagem da Menopausa.

Cumprir notar que a Defensoria Pública da União, através do Grupo de Trabalho Mulheres, expediu ao Ministério da Saúde a Recomendação nº 4755974 DPU/SGAI DPGU/GTMLR DPGU. No documento, a DPU recomenda que:

“a) seja promovido o fornecimento gratuito de absorventes higiênicos a todas as meninas e mulheres usuárias do Sistema Único de Saúde, com a incorporação dos absorventes higiênicos à Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), e a realização de todos os demais atos administrativos necessários ao acesso universal ao referido insumo;

b) seja instituído Programa Nacional de Higiene Menstrual, destinado ao fornecimento gratuito de absorventes higiênicos, em especial, às estudantes do Ensino fundamental e médio, bem como a mulheres em situação de rua, privação de liberdade ou vulnerabilidade social.”

A resposta do Ministério da Saúde à referida Recomendação, em anexo, pouco acresce ao quadro acima descrito. Em suma, repisou-se a ausência de enquadramento dos absorventes higiênicos na RENAME, destacando-se que o SUS *“possui recursos finitos e que não há a possibilidade de se efetuar um gasto público sem antes relacioná-lo ao seu programa, sem a indicação da área responsável pelo custeio do insumo, bem como o impacto financeiro.”*

Ocorre que a criação do programa correspondente ao fornecimento de tais insumos depende unicamente da tomada de decisão neste sentido, com a implementação das medidas administrativas correspondentes, e é justamente isto que se pleiteia.

A inexistência de política pública nacional referente à saúde e higiene menstrual configura omissão que lesiona direitos humanos básicos das mulheres, impondo-se a intervenção do Poder Judiciário, em virtude, ademais, dos fundamentos jurídicos adiante alinhavados.

## II – DA LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, com atribuição de garantir o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, intrinsecamente ligada ao direito fundamental do acesso à justiça, consagrado no art. 5º, inciso XXXV da CRFB/1988.

A novel Lei nº 11.448/07 veio a consagrar expressamente a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar Ação Civil Pública ao incluir o inciso II no art. 5º da Lei nº 7.347/85, referendando, assim, uma prática pretoriana que já vinha ocorrendo com frequência.

Ressalte-se que a Lei nº 7.347/85, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 11.448/07, não condiciona a atuação da Defensoria Pública apenas quando haja interesse exclusivo de hipossuficientes. Aliás, para que a norma ganhe os contornos democráticos que lhe pretendeu dar o legislador, assegurando o acesso à justiça dos necessitados, é indispensável que, quando em risco ou violado direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, caiba a atuação da Defensoria Pública.

Como não há limitativos na Lei de Ação Civil Pública, é possível concluir, inclusive, que mesmo não havendo interesses de hipossuficientes é possível a tutela de direito metaindividual pela Defensoria



Pública, em mais uma hipótese de função atípica da instituição, como já são a curadoria especial no processo civil e a defesa dativa no âmbito criminal, por exemplo.

O tratamento jurídico dispensado à Defensoria Pública pela Lei nº 7.347/85 é o mesmo assegurado ao Ministério Público, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, isto é, sua legitimidade independe de quaisquer requisitos. Diferente é o tratamento dado às associações, que além do requisito temporal de constituição há mais de ano, devem incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, para que possam promover a ação civil pública. Pois bem, se o legislador já previu tratamento diferenciado, estabelecendo requisitos de atuação para um dos legitimados (as associações), certo é que não exige o cumprimento de quaisquer outros requisitos para os demais legitimados, caso contrário faria ressalva expressa no texto da lei.

No sentido de que a Defensoria Pública tem legitimação ampla para atuar na tutela da coletividade, transcreve-se abaixo, a título de ilustração, importante julgado do E. Superior Tribunal de Justiça (grifado):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 134 DA CF. ACESSO À JUSTIÇA. DIREITO FUNDAMENTAL. ART. 5º, XXXV, DA CF. ARTS. 21 DA LEI 7.347/85 E 90 DO CDC. MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTRUMENTO POR EXCELÊNCIA LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA RECONHECIDA ANTES MESMO DO ADVENTO DA LEI 11.448/07. RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICA DO DIREITO QUE SE PRETENDE TUTELAR. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A Constituição Federal estabelece no art. 134 que "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". Estabelece, ademais, como garantia fundamental, o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), que se materializa por meio da devida prestação jurisdicional quando assegurado ao litigante, em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF), mudança efetiva na situação material do direito a ser tutelado (princípio do acesso à ordem jurídica justa). 2. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, com o qual se comunicam outras normas, como os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC). 3. Apesar do reconhecimento jurisprudencial e doutrinário de que "A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais" (REsp 700.206/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 19/3/10), a ação civil pública é o instrumento processual por excelência para a sua defesa. 4. A Lei 11.448/07 alterou o art. 5º da Lei 7.347/85 para incluir a Defensoria Pública como legitimada ativa para a propositura da ação civil pública. Essa e outras alterações processuais fazem parte de uma série de mudanças no arcabouço jurídico-adjetivo com o objetivo de, ampliando o acesso à tutela jurisdicional e tomando-a efetiva, concretizar o direito fundamental disposto no art. 5º, XXXV, da CF. 5. *In casu*, para afirmar a legitimidade da Defensoria Pública bastaria o comando constitucional estatuído no art. 5º, XXXV, da CF (...)

(STJ, 1ª Turma, RESP 1106515/MG. DJe 02/02/11).

Com muito mais razão, portanto, dá-se a atuação da Defensoria Pública na presente demanda. Se é possível até a atuação atípica (quando não há interesses metaindividuais de hipossuficientes em jogo), não resta dúvida quanto à legitimidade da Defensoria Pública quando há evidente interesse de necessitados, como no presente caso.

Ademais, com a edição da Emenda Constitucional nº 80 de 04 de junho de 2014, a CRFB/88 passou a prever expressamente em seu art. 134, caput que cabe à Defensoria Pública a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, restando incontestes a legitimidade da instituição para buscar, em sede de ação civil pública, a defesa dos direitos coletivos, em especial, no presente caso, o direito à saúde daqueles que procuram atendimento na rede pública de saúde.

Em suma, a legitimação da Defensoria Pública visa a assegurar o ACESSO À JUSTIÇA, e não restringi-lo, evitando-se decisões contraditórias e o acúmulo de demandas versando sobre o mesmo fato. Não há dúvida de que esse instrumento processual é um dos mais eficazes à garantia do direito à razoável

[https://sei.dpu.def.br/sei/controlador.php?acao=documento\\_imprimir\\_web&acao\\_origem=arvore\\_visualizar&id\\_documento=1000000232385&...](https://sei.dpu.def.br/sei/controlador.php?acao=documento_imprimir_web&acao_origem=arvore_visualizar&id_documento=1000000232385&...) 4/10



duração do processo e à celeridade da sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII da CRFB/88), à medida que torna desnecessária a reprodução de inúmeras demandas individuais idênticas, evitando a sobrecarga do Poder Judiciário e todos os transtornos daí decorrentes.

### III - DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A Constituição da República, em seu art. 1º, inciso III, estatui, entre os seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana e, no art. 196, estabelece que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O art. 5º da Carta Magna, a seu turno, assegura que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

A Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, estabelece que “[a] saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”;

O Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo em 1994 previu que os programas de saúde reprodutiva devem destinar-se a satisfazer as necessidades da mulher, incluindo adolescentes, e devem envolver a mulher na liderança, planificação, tomada de decisões, gestão, implementação, organização e avaliação de serviços.

A Plataforma de Ação de Pequim de 1995, a seu turno, estatuiu que os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência.

Cumprir notar, ainda, que, consoante fundamentos lançados na Recomendação 21/2020 do Conselho Nacional de Direitos Humanos, através da qual recomendou-se ao Presidente da República, ao Presidente da Câmara de Deputados e ao Presidente do Senado Federal, a criação de um marco legal para a superação da pobreza menstrual, parcela significativa da população feminina não tem acesso a produtos de higiene menstrual.

A PNAISM, do Ministério da Saúde, contudo, na contramão de todo o arcabouço normativo e jurídico contemplado nas considerações esposadas até aqui, ignora a saúde menstrual, inexistindo qualquer programa nacional de fornecimento gratuito de absorventes higiênicos.

Neste diapasão, importa destacar que as justificativas alegadas pela Presidência da República na Mensagem de veto 503, bem como apresentadas pelo Ministério da Saúde em resposta à Recomendação expedida pela Defensoria Pública da União, não podem ser acolhidas.

Inicialmente, salienta-se que os gastos públicos com saúde no Brasil estão longe de representarem parcela robusta do PIB, sendo historicamente muito inferiores aos percentuais gastos por outros países da OCDE (<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26444-despesas-com-saude-ficam-em-9-2-do-pib-e-somam-r-608-3-bilhoes-em-2017>).

Por outro lado, deve ser observado que o fornecimento de absorventes higiênicos, enquanto desdobramento do direito à saúde e à dignidade, está compreendido no núcleo do mínimo existencial a ser garantido à pessoa humana, consubstanciando despesa incontornável, posto que a saúde é dever do Estado.

Cumprir destacar que a reserva do possível, incessantemente invocada pela Fazenda Pública nas demandas que envolvem o direito a prestações positivas do Estado, não se sustenta frente aos direitos e garantias integrantes do mínimo existencial, que representa as condições basilares para a dignidade humana.



07/04/2022 11:20

SEI/DPU - 4897482 - Petição

Assim é que esta escusa fazendária não pode inviabilizar a implementação de políticas públicas previstas na Constituição de 1988.

Neste sentido, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2007), tratando de reserva do possível, do mínimo existencial e do direito à saúde, entendem que:

“(…) em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absoluta.”

Noutro giro, quanto ao exercício do controle judicial no âmbito da gestão tangente aos direitos sociais, ou seja, aqueles que exigem prestações positivas (políticas públicas) do Estado, é preciso atentar para a própria literalidade do artigo 5º, §1º, da CRFB, que dispõe:

*Art. 5º, §1º, da CRFB: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”*

O dispositivo menciona os direitos fundamentais como gênero, expressão que abarca os direitos individuais e também os direitos sociais, como o direito à saúde. Portanto, a própria Constituição é expressa ao afirmar que estes direitos (os sociais) têm aplicabilidade direta e imediata.

O direito à saúde, portanto, não consubstancia um mero conjunto de normas programáticas. A Constituição e as leis asseguram efetividade social a esse direito, em toda a sua amplitude, reconhecendo-o como direito público subjetivo. E, neste contexto, o instrumento processual de defesa em Juízo de tais direitos é a ação civil pública.

Por sua vez, a separação de poderes, não é um fim em si mesmo.

Com efeito, a organização do Estado e a separação de poderes são instrumentos para o controle do arbítrio e a promoção da **dignidade da pessoa humana**. Não por outra razão, o ministro Herman Benjamin, do STJ, chegou a afirmar que seria uma distorção pensar que o princípio da separação de poderes, originalmente concebido como escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.

Nesse sentido:

**DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADO A INÚMERAS IRREGULARIDADES ESTRUTURAIS E SANITÁRIAS EM CADEIA PÚBLICA.** Constatando-se inúmeras irregularidades em cadeia pública (...) a alegação de ausência de previsão orçamentária não impede que seja julgada procedente ação civil pública que, entre outras medidas, objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. De fato, evidencia-se, na hipótese em análise, clara situação de violação à garantia constitucional de respeito da integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX, da CF) e aos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial. **Nessas circunstâncias – em que o exercício da discricionariedade administrativa pelo não desenvolvimento de determinadas políticas públicas acarreta grave vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição –, a intervenção do Poder Judiciário se justifica como forma de implementar, concreta e eficientemente, os valores que o constituinte elegeu como “supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social”, como apregoa o preâmbulo da CF.** Há, inclusive, precedentes do STF (RE-AgR 795.749, Segunda Turma, DJe 20/5/2014; e ARE-AgR 639.337, Segunda Turma, DJe 15/9/2011) e do STJ (AgRg no REsp 1.107.511-RS, Segunda Turma, DJe 6/12/2013) endossando a possibilidade de excepcional controle judicial de políticas públicas. **Além disso, não há, na intervenção em análise, ofensa ao princípio da separação dos poderes. Isso porque a concretização dos direitos sociais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa.** Seria

[https://sei.dpu.def.br/sei/controlador.php?acao=documento\\_imprimir\\_web&acao\\_origem=arvore\\_visualizar&id\\_documento=10000062323958&...](https://sei.dpu.def.br/sei/controlador.php?acao=documento_imprimir_web&acao_origem=arvore_visualizar&id_documento=10000062323958&...) 6/10



distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Ademais, também não há como falar em ofensa aos arts. 4º, 6º e 60 da Lei 4.320/1964 (que preveem a necessidade de previsão orçamentária para a realização das obras em apreço), na medida em que a ação civil pública analisada objetiva obrigar o Estado a realizar previsão orçamentária das obras solicitadas, não desconsiderando, portanto, a necessidade de previsão orçamentária das obras. **Além do mais, tem-se visto, recorrentemente, a invocação da teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias. Não se pode deixar de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada. Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.** Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Ocorre que não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Todavia, situação completamente diversa é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil, país no qual ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Nesse caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. **É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial.** Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir um padrão mínimo de dignidade às pessoas encarceradas em estabelecimentos prisionais. Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. REsp 1.389.952-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 3/6/2014. ACP. CONTROLE JUDICIAL. POLÍTICAS PÚBLICAS. Trata-se, na origem, de ação civil pública (ACP) em que o MP pleiteia do Estado o fornecimento de equipamento e materiais faltantes para hospital universitário. **A Turma entendeu que os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Haveria uma distorção se se pensasse que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.** Uma correta interpretação daquele princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser apenas no sentido de utilizá-lo quando a Administração atua dentro dos limites concedidos pela lei. Quando a Administração extrapola os limites de sua competência e age sem sentido ou fuge da finalidade à qual estava vinculada, não se deve aplicar o referido princípio. **Nesse caso, encontra-se o Poder Judiciário autorizado a reconhecer que o Executivo não cumpriu sua obrigação legal quando agrediu direitos difusos e coletivos, bem como a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.** Assim, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, pois violaria o princípio da separação dos poderes. **A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo. Quanto ao princípio da reserva do possível, ele não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.** Somente depois de atingido o mínimo existencial é que se pode cogitar da efetivação de outros gastos. Logo, se não há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho



07/04/2022 11:20

SEIDPU - 4897482 - Petição

jurídico para que o Judiciário ordene a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político. **A omissão injustificada da Administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção de dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, pois esse não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim poder que detém parcela de soberania nacional.** Assim, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados do STF: MC na ADPF 45-DF, DJ 4/5/2004; AgRg no RE 595.595-SC, DJe 29/5/2009; do STJ: REsp 575.998-MG, DJ 16/11/2004, e REsp 429.570-GO, DJ 22/3/2004. (REsp 1.041.197-MS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 25 de agosto de 2009).

No mesmo sentido dispõe o Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADES. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. **O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que com isso configure violação do princípio da Separação de Poderes (...).** 2. Agravo regimental não provido. (AI 708667 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 28/02/2012).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABRIGOS PARA MORADORES DE RUA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO (...) **Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais.** (...) (RE 634643 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 26/06/2012).

Dessa forma, quando o Poder Judiciário entra no mérito do acerto ou desacerto de formulação de políticas públicas, não está a ferir a separação dos poderes, mas sim a apreciar lesão ou ameaça a direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República, exatamente como estabelece a Carta Magna.

Por todo o exposto, impõe-se o acolhimento dos pedidos formulados na presente Ação Civil Pública, expressamente delineados a seguir.

#### IV - DO PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA

A tutela de urgência, prevista no artigo 300 do Código de Processo Civil, autoriza o juiz a antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, presentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito (verossimilhança das alegações) e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), independentemente da manifestação da parte contrária.

No caso presente, a **verossimilhança das alegações** está consubstanciada, tanto nos documentos em anexo, quanto nos fundamentos fáticos e jurídicos expostos nos tópicos anteriores.

A seu turno, o ***periculum in mora*** está demonstrado pela própria natureza da demanda, indissociavelmente ligada à dignidade da pessoa humana, ante a lesão atual e contínua ao bem-estar físico e psicológico das meninas e mulheres em situação de pobreza menstrual.



07/04/2022 11:20

SEI/DPU - 4897482 - Petição

Sendo assim, requer-se seja concedida a tutela de urgência, para determinar à ré que, através do Ministério da Saúde, promova o fornecimento gratuito de absorventes higiênicos, com a máxima urgência, a todas as meninas e mulheres usuárias do Sistema Único de Saúde, instituindo-se programa Nacional específico destinado ao referido fornecimento, em especial, às estudantes do Ensino fundamental e médio, bem como a mulheres em situação de rua ou privação de liberdade.

## V - DOS PEDIDOS

Ante o exposto, a DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO requer:

1- Em sede de tutela de urgência, e com efeitos nacionais, que seja determinado à ré que, através do Ministério da Saúde, no prazo de 30 dias, apresente plano de ação para:

1.1. a promoção do fornecimento gratuito de absorventes higiênicos, a todas as meninas e mulheres usuárias do Sistema Único de Saúde, **com a incorporação dos absorventes higiênicos à Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)**, e a realização de todos os demais atos administrativos necessários à normalização do acesso ao referido insumo;

1.2. a instituição de Programa Nacional de Higiene Menstrual especificamente destinado ao fornecimento gratuito de absorventes higiênicos, em especial, às estudantes do Ensino fundamental e médio, bem como a mulheres em situação de rua, privação de liberdade ou vulnerabilidade social.

2- A citação da ré, através de seu representante legal, para, querendo, contestar a presente ação;

3- A intimação do Ministério Público Federal, para atuar no feito;

4- Seja julgado procedente o pedido, para, com efeitos nacionais, determinar à ré que promova:

4.1. O fornecimento gratuito de absorventes higiênicos, a todas as meninas e mulheres usuárias do Sistema Único de Saúde, com a incorporação dos absorventes higiênicos à Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), e a realização de todos os demais atos administrativos necessários ao acesso universal ao referido insumo;

4.2. a instituição de Programa Nacional de Higiene Menstrual especificamente destinado ao fornecimento gratuito de absorventes higiênicos, em especial, às estudantes do Ensino fundamental e médio, bem como a mulheres em situação de rua, privação de liberdade ou vulnerabilidade social.

5- A cominação de multa diária de no mínimo R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), ou outro valor arbitrado pelo Juízo, nos termos do art. 11, da Lei nº 7.347/85 e art. 537 do CPC, para o eventual descumprimento de cada uma das obrigações contidas nos pedidos ora elencados, tudo com incidência de juros e atualização monetária, sem prejuízo da configuração de ato atentatório à dignidade da justiça, a ensejar, além de eventuais sanções criminais, civis e processuais, a aplicação de multa de até 20% do valor da causa, com fulcro no artigo 77, inciso IV, § 1º, § 2º, § 4º, § 5º do CPC/15).

Protesta-se por todas as provas admitidas em direito, especialmente documental, testemunhal e pericial, além de outras que se mostrarem necessárias no curso do processo.

Dá-se à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2021.

**SHELLEY DUARTE MAIA**

[https://sei.dpu.def.br/sei/controlador.php?acao=documento\\_imprimir\\_web&acao\\_origem=arvore\\_visualizar&id\\_documento=10000005232385&...](https://sei.dpu.def.br/sei/controlador.php?acao=documento_imprimir_web&acao_origem=arvore_visualizar&id_documento=10000005232385&...) 9/10



07/04/2022 11:20

SEI/DPU - 4897482 - Petição

**Defensora Pública Regional de Direitos Humanos Substituta**  
**Ponto Focal do Grupo de Trabalho Mulheres da Defensoria Pública da União**

**DANIELA CORREA JACQUES**  
**Defensora Pública Federal**  
**Coordenadora do Grupo de Trabalho Mulheres da Defensoria Pública da União**

**LIANA LIDIANE PACHECO DANI**  
**Defensora Pública Federal**  
**Representante do Grupo de Trabalho Mulheres da Defensoria Pública da União**

---

<https://www.campograndenews.com.br/lado-b/comportamento-23-08-2011-08/panos-jornais-e-ate-miolos-de-pao-sao-usados-na-falta-do-absorvente>



Documento assinado eletronicamente por **Shelley Duarte Maia, Ponto focal do GT**, em 17/12/2021, às 09:32, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Liana Lidiane Pacheco Dani, Representante do GT**, em 17/12/2021, às 10:18, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Daniela Corrêa Jacques Brauner, Coordenadora do GT**, em 17/12/2021, às 11:34, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site: [http://www.dpu.def.br/sei/conferir\\_documento\\_dpu.html](http://www.dpu.def.br/sei/conferir_documento_dpu.html) informando o código verificador **4897482** e o código CRC **981D6C4B**.

---

08038.0256/51/2021-20

4897482v4

### **VER SENTENCIA COMPLETA EN:**

<https://promocaodedireitoshumanos.dpu.def.br/dpu-se-manifesta-sobre-veto-ao-projeto-de-oferta-gratuita-de-absorventes/>



# Acción Directa de Inconstitucionalidad

## Vacunación masiva de la población

**Tribunal:** Tribunal Pleno (Supremo Tribunal Federal)

**Tema:** Vacunación masiva de la población.

**Resumen legal:** La vacunación masiva de la población es una importante medida de salud pública para contener las enfermedades y su posible empeoramiento de las condiciones de salud de la sociedad. En este sentido, la disposición de la vacunación obligatoria, excluyendo la imposición de la vacunación forzada, parece legítima, siempre que las medidas a las que estén sujetos los refractarios observen los criterios contenidos en la Ley 13.979/2020, específicamente en los incisos I, II y III de § 2 del art. 3, a saber: el derecho a la información, a la asistencia familiar, a la gratuidad del trato y, además, “el pleno respeto a la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas”, así como los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de modo de no amenazar la integridad física y moral de la población.

**Decisión y Argumentos Trascendentales:** El Tribunal, por mayoría, concedió parcialmente el recurso directo, para otorgar una interpretación conforme a la Constitución al artículo 3, III, d, de la Ley nº 13. 979/2020, de acuerdo con el voto del ponente y la siguiente tesis de la sentencia: "I) La vacunación obligatoria no significa la vacunación forzosa, ya que la negativa del usuario es siempre facultativa, pudiendo, no obstante, aplicarse mediante medidas indirectas, que incluyen, entre otras, la restricción al ejercicio de determinadas actividades o a la frecuentación de determinados lugares, siempre que estén previstas en la ley, o que se deriven de ella, y (i) se basan en pruebas científicas y análisis estratégicos pertinentes, (ii) van acompañadas de amplia información sobre la eficacia, seguridad y contraindicaciones de los inmunizantes, (iii) respetan la dignidad humana y los derechos fundamentales de las personas, (iv) cumplen los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y (v) las vacunas se distribuyen de forma universal y gratuita; y (II) tales medidas, con las limitaciones antes señaladas, podrán ser aplicadas tanto por la Unión como por los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, respetando sus respectivas competencias".

**Enlace de acceso:** <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1190322021>



**AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALÇANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES.**

I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis.

II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresse consentimento informado das pessoas.

III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes.

IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não



exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal.

V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

### **Acórdão**

Após o voto do Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que julgava parcialmente procedente a ação direta, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (I) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas



distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Luiz Gustavo Pereira da Cunha; pelo interessado Presidente da República, o Ministro José Levi Mello do Amaral Júnior, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 16.12.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020, nos termos do voto do Relator e da seguinte tese de julgamento: “(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência”. Vencido, em parte, o Ministro Nunes Marques. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.12.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

**VER SENTENCIA COMPLETA EN:**

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1190322021>



**Chile**



# **Apelación de amparo penitenciario. Reemplaza pena privativa de libertad por cumplimiento de la pena en su domicilio.**

SCS Rol N° 50.967-2022.

**PAIS:** Chile

**TRIBUNAL:** Sala Penal de la Corte Suprema

**MATERIA:** Derecho Penal.

**DERECHOS VINCULADOS:** Recurso de Amparo. Tratamiento de Reclusas y Medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes. Derecho a la vida, Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

## **BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS:**

La Sala Penal de la Corte Suprema acogió un recurso de amparo presentado por la Defensoría Penal Pública a favor de J.M.A., una mujer con 17 semanas de embarazo que cumple tres penas privativas de libertad, para que la interna cumpla lo que le queda de pena bajo la medida cautelar de arresto domiciliario.

Se acoge el recurso de amparo para que se interrumpa la pena privativa de libertad que actualmente cumple, reemplazándola por la pena de reclusión domiciliaria total, la que se deja sin efecto y, en su lugar se decreta la suspensión del cumplimiento efectivo del saldo de pena que actualmente cumple la amparada, sustituyendo dicha forma de satisfacción de la sanción, por la reclusión total domiciliaria.

## **OBSERVACIONES:**

Ha de tenerse presente la normativa internacional entre la que se destaca primeramente y a nivel de Naciones Unidas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y, con posterioridad, y mayor especificidad, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Pará). En este contexto, particularizando el tratamiento internacional, deben colacionarse las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), que establece: Regla 57 “Las disposiciones de las Reglas de Tokio servir de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina. En el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deben elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas



específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas”.

ENLACE:

[https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR\\_871/suprema/documentos/docCausaSuprema.php?valorFile=eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJpc3MiOiJodHRwczpcL1wvb2ZpY2luYWp1ZGljaWFsdmlydHVhbC5wanVkJmNslwiYXVkljoiaHR0cHM6XC9cL29maWNpbmFqdWRpY2lhbHZpcnR1YWwucGp1ZC5jbCIsImhhdCI6MTY2MjU1OTIyNywiZXhwIjoxNjYyNTYyODI3LCJkYXRhIjp7ImNycklkRG9jdVJlc29sljoieNTE3Njk4MyIsImNvZFRpcG9BcmNoaXZvIjoiMyIsImNvZFRpcG9UcmFtaXRlljoieMyIsImZsZ19kb2NvX3BkZil6IjEiLCJjb2RfY29ydGUiOiIxIn19.03AKFKU\\_sb2hM96kvUp5O\\_y7IHqFSUCObC-0SoMrq34](https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/suprema/documentos/docCausaSuprema.php?valorFile=eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJpc3MiOiJodHRwczpcL1wvb2ZpY2luYWp1ZGljaWFsdmlydHVhbC5wanVkJmNslwiYXVkljoiaHR0cHM6XC9cL29maWNpbmFqdWRpY2lhbHZpcnR1YWwucGp1ZC5jbCIsImhhdCI6MTY2MjU1OTIyNywiZXhwIjoxNjYyNTYyODI3LCJkYXRhIjp7ImNycklkRG9jdVJlc29sljoieNTE3Njk4MyIsImNvZFRpcG9BcmNoaXZvIjoiMyIsImNvZFRpcG9UcmFtaXRlljoieMyIsImZsZ19kb2NvX3BkZil6IjEiLCJjb2RfY29ydGUiOiIxIn19.03AKFKU_sb2hM96kvUp5O_y7IHqFSUCObC-0SoMrq34)

## **SENTENCIA**

Santiago, diez de agosto de dos mil veintidós.

Al escrito folio 86042-2022: a todo, téngase presente.

### **Vistos:**

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción del fundamento sexto que se elimina. Y se tiene en su lugar y además presente.

1°) Que si bien en la legislación nacional no hay precepto que autorice expresamente la sustitución de la pena de presidio por la de reclusión domiciliaria por razones como las que motivan la solicitud presentada en favor de la amparada, debe recordarse que, por mandato del inciso 2° del artículo 5 de la Constitución, es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, “así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

2°) Que en tal sentido, ha de tenerse presente la normativa internacional entre la que se destaca primeramente y a nivel de Naciones Unidas, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y, con posterioridad, y mayor especificidad, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Pará).

En este contexto, particularizando el tratamiento internacional, deben colacionarse las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), que establece: Regla 57 “Las disposiciones de las Reglas de Tokio servir de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina. En el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deben elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas”.



3°) Que -en lo que interesa para este examen-, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también llamada Convención de Belem do Pará, establece: Artículo 1° “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Artículo 4° “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, y goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales; d. el derecho a no ser sometida a torturas; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos. Artículo 7 “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; e) tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; y h) adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención. Artículo 9 “Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

4°) Que en el caso en estudio, según aparece del mérito de los antecedentes, la amparada permanece en el Complejo Penitenciario de Puerto Montt, cumpliendo tres penas privativas de libertad, que culminan el 22 de agosto próximo, se encuentra embarazada de 17 semanas, fue atendida el 26 de junio pasado por urgencia obstétrica, debido a que ha presentado contracciones uterinas y molestias urinarias.

5°) Que, en este contexto, conforme a las disposiciones reseñadas precedentemente, mantener la ejecución de la condena de la amparada en el interior de un recinto carcelario, pese a que le restan menos de dos semanas para el término de su condena, dados los graves perjuicios que conlleva para el desarrollo y vida futura de su hijo, obliga a esta a Corte a adoptar medidas urgentes con la finalidad de cumplir con las convenciones internacionales a las que el Estado adscribió, en su oportunidad y, que en el presente caso, es la suspensión del cumplimiento efectivo del saldo de pena que actualmente cumple la amparada, sustituyendo dicha forma de satisfacción de la sanción, por la reclusión total domiciliaria.



**Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la sentencia apelada de veintidós de julio de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en el Ingreso de Corte N° 283-2022 y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto a favor de Yessica Morales Andrade, en contra de la resolución pronunciada el 30 de junio de 2022, por el juez del Tribunal de Garantía de Puerto Montt, en cuanto no dio lugar a la solicitud formulada por la defensa de la amparada para que se interrumpa la pena privativa de libertad que actualmente cumple, reemplazándola por la pena de reclusión domiciliaria total, la que se deja sin efecto y, en su lugar se decreta la suspensión del cumplimiento efectivo del saldo de pena que actualmente cumple la amparada, sustituyendo dicha forma de satisfacción de la sanción, por la reclusión total domiciliaria.**

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Dahm y del Abogado Integrante Sr. Abuaud, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en alzada en virtud de sus propios fundamentos.

Comuníquese por la vía más expedita. Regístrese y devuélvase.

Rol N° 50967-22

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ MINISTRO

Fecha: 10/08/2022 15:33:26

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN MINISTRO

Fecha: 10/08/2022 15:33:26

LEOPOLDO ANDRES LLANOS SAGRISTA  
MINISTRO

Fecha: 10/08/2022 15:33:27

RICARDO ALFREDO ABUAUAD DAGACH

ABOGADO INTEGRANTE Fecha: 10/08/2022 15:33:27

PIA VERENA TAVOLARI GOYCOOLEA ABOGADO INTEGRANTE

Fecha: 10/08/2022 15:33:28

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S. y los Abogados (as) Integrantes Ricardo Alfredo Abuaud D., Pía Verena Tavolari G. Santiago, diez de En Santiago, a diez de agosto de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

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

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



## Recurso de nulidad.

### Causal por errónea aplicación del derecho.

Atenuante 11 N°6 del Código Penal. “Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable.”

SCS Rol N° 14.451-2022.

**PAIS:** Chile

**TRIBUNAL:** Sala Penal de la Corte Suprema

**MATERIA:** Derecho Penal.

**DERECHOS VINCULADOS:** Recurso de Nulidad. Errónea aplicación del Derecho. Atenuantes del Código Penal.

#### **BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS:**

Se denuncia la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 11 N° 6 Código Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho a los hechos que el tribunal ha tenido por acreditados, yerro que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, la que se sustenta en haber desestimado la petición de la defensa de reconocer la aludida minorante no obstante haberse establecido como hecho de la causa que no registra anotaciones prontuariales pretéritas en Chile como en su país, explicando el subsecuente efecto del error de derecho en la determinación de la pena impuesta.

Se acogió la causal quinta subsidiaria del recurso de nulidad deducido por la defensa del condenado J.E.C.F, impetrado en contra de la misma sentencia, en aquella parte que rechazó la atenuante de responsabilidad de irreprochable conducta anterior, prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, en cuya virtud lo condena a la pena antes señalada, y se procederá a dictar a continuación, sin nueva vista, pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

#### **OBSERVACIONES:**

Ha de tenerse presente que el Imputado no tiene condenas en su país, se acompañó para ello un certificado emanado del Ministerio de Defensa Colombiano, en el cual no aparecen registros de antecedentes penales. El tribunal rechazó la modificatoria de responsabilidad en estudio porque el sentenciado es un ciudadano extranjero que se encuentra en Chile desde hace años en forma irregular, circunstancia que no constituye un elemento de la atenuante, al contrario, la condición de migrante constituye una categoría sospechosa cuya utilización como criterio diferenciador de una decisión jurisdiccional puede importar un motivo de discriminación secundaria, que solo está permitida en la medida que se acredite que ella resulta legítima, objetiva, razonable y proporcional, nada de lo cual fue justificado



por los sentenciadores de mérito, por lo que se incurre en error de derecho al excluir la concurrencia de la atenuante alegada, por esa circunstancia.

**ENLACE:**

[https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR\\_871/suprema/documentos/docCausaSuprema.php?valorFile=eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJpc3MiOiJodHRwczpcL1wvb2ZpY2luYWp1ZGJjaWFsdmlydHVhbC5wanVkLmNslwiYXVkljoiaHR0cHM6XC9cL29maWNpbmFqdWRpY2IhbHZpcnR1YWwucGp1ZC5jbCIsImhhdCI6MTY2MjU2MTAwNywiZXhwIjoxNjYyNTY0NjA3LCJkYXRhIjpw7ImNycklkRG9jdVJlc29sljoiNTE3NTU5NCIsImNvZFRpcG9BcmNoaXZvIjoiMyIsImNvZFRpcG9UcmFtaXRlljoiMyIsImZsZ19kb2NvX3BkZil6IjEiLCJjb2RfY29ydGUiOiIiLn19.Jtbh6YkZfZumeadyo\\_xldzrGe0TRXqUI\\_v6x3epo4IY](https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/suprema/documentos/docCausaSuprema.php?valorFile=eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJpc3MiOiJodHRwczpcL1wvb2ZpY2luYWp1ZGJjaWFsdmlydHVhbC5wanVkLmNslwiYXVkljoiaHR0cHM6XC9cL29maWNpbmFqdWRpY2IhbHZpcnR1YWwucGp1ZC5jbCIsImhhdCI6MTY2MjU2MTAwNywiZXhwIjoxNjYyNTY0NjA3LCJkYXRhIjpw7ImNycklkRG9jdVJlc29sljoiNTE3NTU5NCIsImNvZFRpcG9BcmNoaXZvIjoiMyIsImNvZFRpcG9UcmFtaXRlljoiMyIsImZsZ19kb2NvX3BkZil6IjEiLCJjb2RfY29ydGUiOiIiLn19.Jtbh6YkZfZumeadyo_xldzrGe0TRXqUI_v6x3epo4IY)

[https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR\\_871/suprema/documentos/docCausaSuprema.php?valorFile=eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJpc3MiOiJodHRwczpcL1wvb2ZpY2luYWp1ZGJjaWFsdmlydHVhbC5wanVkLmNslwiYXVkljoiaHR0cHM6XC9cL29maWNpbmFqdWRpY2IhbHZpcnR1YWwucGp1ZC5jbCIsImhhdCI6MTY2MjU2MTAwNywiZXhwIjoxNjYyNTY0NjA3LCJkYXRhIjpw7ImNycklkRG9jdVJlc29sljoiNTE3NTU5OCIsImNvZFRpcG9BcmNoaXZvIjoiMyIsImNvZFRpcG9UcmFtaXRlljoiMyIsImZsZ19kb2NvX3BkZil6IjEiLCJjb2RfY29ydGUiOiIiLn19.iTXb07TsC2nTMf4yuvq7uNvApjtmxTrB9uSlgKyVxkk](https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_871/suprema/documentos/docCausaSuprema.php?valorFile=eyJ0eXAiOiJKV1QiLCJhbGciOiJIUzI1NiJ9.eyJpc3MiOiJodHRwczpcL1wvb2ZpY2luYWp1ZGJjaWFsdmlydHVhbC5wanVkLmNslwiYXVkljoiaHR0cHM6XC9cL29maWNpbmFqdWRpY2IhbHZpcnR1YWwucGp1ZC5jbCIsImhhdCI6MTY2MjU2MTAwNywiZXhwIjoxNjYyNTY0NjA3LCJkYXRhIjpw7ImNycklkRG9jdVJlc29sljoiNTE3NTU5OCIsImNvZFRpcG9BcmNoaXZvIjoiMyIsImNvZFRpcG9UcmFtaXRlljoiMyIsImZsZ19kb2NvX3BkZil6IjEiLCJjb2RfY29ydGUiOiIiLn19.iTXb07TsC2nTMf4yuvq7uNvApjtmxTrB9uSlgKyVxkk)

**SENTENCIA:**

Santiago, nueve de agosto de dos mil veintidós.

**Vistos:**

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, por sentencia de dos de mayo de dos mil veintidós, en los antecedentes RUC 2.100.734.863-8, RIT 18- 2022, condenó a John Eduard Castrillón Flores, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena; y al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a veinte unidades tributarias mensuales, en calidad de autor de un delito de tráfico ilícito de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en grado de consumado, perpetrado el día 12 de agosto de 2021, en la comuna de Osorno, sin costas.



En contra de dicho fallo, la defensa del sentenciado recurrió de nulidad, arbitrio que fue conocido en la audiencia pública de veinte de julio pasado, convocándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy, como consta en el acta respectiva.

**Considerando:**

Primero: Que, el recurso de nulidad se cimenta en la causal de nulidad prevista en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, denunciando que tanto en el desarrollo del procedimiento, como en el pronunciamiento de la sentencia, se han infringido garantías fundamentales, aseguradas por nuestra Constitución Política de la República, en el artículo 19 N° 3 inciso 6, N° 4 y N° 7 y artículo 85 del Código Procesal Penal, al no existir un indicio fundado, objetivo y suficiente que permitiera el control de identidad del acusado por parte de los funcionarios policiales, los que obraron fuera de los presupuestos establecidos en el artículo 85 antes referido.

Explica que su defendido fue sometido a un control de identidad que condujo a su detención, motivado únicamente por la circunstancia de encontrarse sentado en la motocicleta, detenido y que al momento de sacar su permiso para conducir desde su bolsillo derecho del pantalón, cayó una bolsa de nylon transparente con una sustancia blanca, lo que no constituye, a juicio de la defensa, un indicio, esto es, una presunción de que la persona en cuestión había cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta.

Solicita se acoja el recurso de nulidad, se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria dictada, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado, excluyéndose de su conocimiento toda la prueba ofrecida por el Ministerio Público.

Segundo: Que, en subsidio de la causal anterior, invoca nuevamente la prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 8 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al haberse rechazado la aplicación de la atenuante prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, infringieron el debido proceso, particularmente la presunción de inocencia de su defendido, como garantía integrante del mismo.



Asegura que los sentenciadores invirtieron la carga de la prueba, al señalar que es deber del “interesado” comprobar que no tiene condenas en su país, no obstante que en el caso se acompañó documento Certificado emanado del Ministerio de Defensa Colombiano el cual señala que John Castrillón Flores, no aparece en los registros de antecedentes penales y/o anotaciones y órdenes de captura de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol.

Tercero: Que, como segunda causal subsidiaria de nulidad, la defensa alega la prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 297 y 342 letra c) del mismo código, por haberse infringido el principio de la razón suficiente, por ausencia de fundamentación, al momento que se afirma en la sentencia que no es efectivo que el Ministerio Público deba justificar condenas pretéritas del sentenciado, para rechazar la atenuante de irreprochable conducta anterior.

Solicita se anule la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que debe quedar el proceso, ordenando la remisión de estos antecedentes a un Tribunal no Inhabilitado para que se efectúe un nuevo juicio oral.

Cuarto: Que, como tercer motivo subsidiario de nulidad, se alega la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del mismo cuerpo legal, en relación con el artículo 43 y 1° de la Ley 20.000.

Denuncia que el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N° 20.000, no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resultando imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública.

Si la ausencia de pureza de la sustancia vegetal impide considerar a la misma como de aquellas previstas en el artículo 1° de la ley 20.000, no se podría predicar a su respecto que constituyen el objeto material prohibido por el legislador, por lo que se ha aplicado en forma errónea el artículo 1° del Código Penal, por lo que, al no existir delito respecto a la sustancia vegetal incautada, nunca se debió condenar a mi representado por los 329,13 gramos de cannabis sativa.

Solicita se anule la sentencia recurrida, y se dicte sentencia de reemplazo que condene al acusado John Castrillón Flores a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio



por el delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, previsto y sancionado en el artículo 4° de la Ley 20.000, y demás accesorias legales que corresponda, por la posesión de 92 gramos de cocaína, concediéndole la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena conforme artículo 4° de la Ley 18.216, modificada por la Ley 20.603.

Quinto: Que, por último, en subsidio de todas las causales de nulidad antes alegadas, se denuncia la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 11 N° 6 Código Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho a los hechos que el tribunal ha tenido por acreditados, yerro que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, la que se sustenta en haber desestimado la petición de la defensa de reconocer la aludida minorante no obstante haberse establecido como hecho de la causa que no registra anotaciones prontuariales pretéritas en Chile como en su país, explicando el subsecuente efecto del error de derecho en la determinación de la pena impuesta.

Solicita, se declare la nulidad de la sentencia, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo que acoja la circunstancia atenuante prevista en el artículo 11 número 6 del Código Penal y, sumada a la ya reconocida atenuante del numeral 9 del mismo artículo y Código, se rebaje la pena, imponiéndose la de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales correspondientes, concediendo pena sustitutiva ya sea la contenida en el artículo 15 o 34 de la ley 18.216, modificada por la ley 20.603.

Sexto: Que, la sentencia impugnada, en su motivo quinto, tuvo por acreditado que: “El 12 de Agosto del 2021, alrededor de las 22:00 horas, John Eduard Castrillón Flores fue controlado en calle Errázuriz frente al n°1571 de Osorno, en circunstancias que se encontraba como conductor de la moto, patente FBY 55, siendo sorprendido portando en el bolsillo de su pantalón tres bolsitas con clorhidrato de cocaína, en el habitáculo de la moto una bolsa con 95,39 gr de una sustancia compuesta por cocaína y lidocaína y una bolsa con 329,13 gramos de cannabis; sustancias que eran transportadas por el agente para ser entregadas a un tercero. Igualmente fueron encontrados en poder del imputado \$334.970 en dinero en efectivo y dos teléfonos celulares”.

Lo anterior fue calificado por los sentenciadores como constitutivo del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, descrito y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1° de la Ley 20.000.



Séptimo: Que, en lo concerniente a la infracción denunciada en el motivo principal de nulidad, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19, N° 3, inciso sexto, confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas.

Octavo: Que, en otro orden de consideraciones, en cuanto a las facultades autónomas de actuación que la ley le entrega al personal policial, así como lo referido al respeto del debido proceso y la intimidad, esta Corte Suprema ha señalado reiteradamente que la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja de manera sustancial dicho sistema debe ser excluido del mismo.

Noveno: Que en relación a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, resulta necesario su análisis a efectos de poder determinar si ellas han sido transgredidas y, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales del acusado, como denunció su defensa.

Décimo: Que como se ha dicho en ocasiones anteriores por esta Corte, el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (entre otras, SCS N°s 7.178-2017, de 13 de abril de 2017; 9.167-2017, de 27 de abril de 2017; 20.286-2018, de 01 de



octubre de 2018; 28.126-2018, de 13 de diciembre de 2018; 13.881-2019, de 25 de julio de 2019; y, 2.895-2020, de 4 de marzo de 2020).

Es así como el artículo 83 del citado cuerpo normativo establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden previa o instrucción particular de los fiscales, permitiendo su gestión autónoma para prestar auxilio a la víctima (letra a); practicar la detención en casos de flagrancia conforme a la ley (letra b); resguardar el sitio del suceso con el objeto de facilitar la intervención de personal experto de la policía, impedir la alteración o eliminación de rastros o vestigios del hecho, etcétera, (letra c); identificar testigos y consignar las declaraciones que ellos presten voluntariamente, tratándose de los casos de las letras b) y c) citadas (letra d); recibir las denuncias del público (letra e) y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales (letra f). Sólo en las condiciones que establece la letra c) recién citada, el legislador autoriza a los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile a efectuar diligencias autónomas de investigación.

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

Undécimo: Que las disposiciones recién expuestas tratan, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de



evidencias y sujetos de investigación al órgano establecido por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado —y sometido a control jurisdiccional— en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos.

Duodécimo: Que a fin de dirimir lo planteado en el recurso, es menester estarse a lo asentado por los jueces de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, intente una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente las máximas de oralidad, inmediación y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal.

Aclarado lo anterior, se procederá al estudio de las protestas fundantes del recurso con arreglo a los hechos que en la decisión se tienen por demostrados.

Décimo Tercero: Que, resulta relevante para ello señalar que la sentencia impugnada, en su motivo quinto, consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron por establecidos, consistentes en haber sido sorprendido el acusado transportando la sustancia ilícita incautada, al interior de la motocicleta en que se encontraba y en los bolsillos de su pantalón. Dicho hallazgo fue precedido de una fiscalización vehicular por parte de funcionarios policiales, de acuerdo al mérito de los antecedentes, oportunidad en que el fiscalizado les refirió no contar con licencia de conducir, sino sólo un permiso internacional, el que al extraerlo de su bolsillo derecho del pantalón, cayó una bolsa transparente con una sustancia blanca en su interior, momento en el cual el control vehicular mutó a un control de identidad del artículo 85 del código adjetivo, según lo declararon en juicio los funcionarios policiales Fabián Valdez Muñoz y Juan Espinoza Norambuena, quienes declararon -según se lee en el motivo séptimo de la sentencia recurrida- que pudieron ver el envoltorio con una sustancia blanca en su interior, que cayó cuando Castrillón Flores sacaba de su bolsillo el permiso de conducir internacional que refirió tener, lo que les impresionó como droga. Ambos funcionarios policiales indicaron que esto ocurrió cuando practicaban un control vehicular, circunstancia que les permitió posteriormente realizar un control investigativo, encontrando



en la maleta de la motocicleta las sustancias ilícitas con el peso indicado, envasada de manera rudimentaria.

Décimo Cuarto: Que, en la especie, la defensa del encartado ha cuestionado el actuar de los funcionarios policiales, toda vez que estima que al practicarse un control de identidad a su representado sin que existiera indicio para ello —por cuanto una bolsa de nylon con una sustancia blanca en su interior que cae de uno de los bolsillos no sería un indicio suficiente—, procedieron de manera autónoma en un caso no previsto por la ley, lo que implica que todas las pruebas derivadas de tales diligencias son ilícitas, y por ende, debieron ser valoradas negativamente por los juzgadores de la instancia.

Décimo Quinto: Que, en lo que interesa al recurso de nulidad en análisis, en primer lugar cabe señalar que, conforme expusieron de manera conteste los dos agentes policiales que participaron del procedimiento llevado a cabo el día 12 de agosto de 2021, fiscalizaron el vehículo en que estaba sentado el acusado, a las afueras de una sucursal de Chile Express y en el momento en que se le pidió el permiso de circulación y los papeles de la motocicleta, éste refirió no contar con el primero, sino con un permiso internacional para conducir, disponiéndose a sacarlo de su bolsillo derecho, momentos en que de él se cayó una bolsa de nylon transparente contenedora de una sustancia blanca, oportunidad en que la fiscalización vehicular dio paso a un control de identidad investigativo dado el indicio que apreciaron.

De lo anteriormente expuesto se colige que es perfectamente legítimo el haber efectuado un control vehicular, pues es la propia Ley 18.290 la que permite a los funcionarios policiales el control de los vehículos que circulan, usan o transiten en la vía pública. Es en ese control vehicular, cuando aparece el indicio que permite llevar a cabo un control de identidad a sus ocupantes, facultad autónoma amparada por el artículo 85 del Código Procesal Penal, por medio de la que se permite a los funcionarios policiales proceder al registro de las vestimentas, equipaje y vehículo de la persona cuya identidad se controla, cuando según las circunstancias se estimare que se ha cometido un crimen, simple delito o falta o se dispusiere a su comisión, entre otras hipótesis, toda vez que, como ya se señaló circunstanciadamente en el fundamento que antecede, fue con ocasión de dicha actividad fiscalizadora que los funcionarios policiales, vieron cuando del bolsillo derecho del pantalón,



al hasta ese momento fiscalizado, se le calló una bolsa de nylon transparente contenedora de una sustancia blanca, lo que a ambos funcionarios policiales les impresionó como droga, circunstancia que permitió que estuvieran en condiciones de presumir fundadamente que se trasladaba por el acusado una sustancia prohibida.

Décimo Sexto: Que, por lo demás, las características del envoltorio, sus dimensiones y apariencia, además de apreciarse en su interior una sustancia y su cantidad, son elementos objetivos tanto como cualquier otro rasgo definitorio e individualizador de un objeto que puede ser probado en juicio por cualquier medio de prueba pertinente, conforme a la libertad probatoria que consagra el artículo 295 del Código Procesal Penal y, por consiguiente, puede formar parte de las circunstancias objetivas que constituyen un indicio habilitante para el control de identidad de una persona, situación que en estrado fue acreditado en virtud de lo declarado por los funcionarios policiales.

Décimo Séptimo: Que, de este modo, y como reiteradamente se ha dicho, más allá de expresar si esta Corte comparte o no la apreciación de los policías de que la situación de autos ameritaba controlar la identidad de los imputados, lo relevante y capital aquí es que el fallo, da por ciertas las circunstancias que objetivamente y de manera plausible permitían construir un indicio de aquellos a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que permite también descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar policial, objetivo principal al demandarse por la ley la concurrencia de esa sospecha para llevar a cabo el control de identidad.

Lo anteriormente expuesto, lleva necesariamente a desestimar el primer motivo de nulidad deducido en estos autos.

Décimo Octavo: Que en cuanto al primer motivo subsidiario de nulidad alegado por la defensa, también se hace consistir en la causal prevista en el artículo 373 a) del Código Procesal Penal, pero fundado en haberse infringido la garantía del debido proceso, particularmente la presunción de inocencia, al haberse desestimado la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, invirtiendo para ello la carga de la prueba, al exigir a la defensa acreditar que no tiene condenas en el país de origen, no obstante haberse acompañado un documento que acredita que su defendido no registra antecedentes penales en Colombia. Sobre el particular, baste señalar para el rechazo de este motivo de



nulidad, que los cuestionamientos planteados en el arbitrio en examen dice relación con un motivo de nulidad diverso al aquí planteado, como es la infracción de las reglas de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, esto es, las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicamente afianzados, circunstancia que lleva a desestimar la causal de nulidad en examen.

Décimo Noveno: Que, a continuación, se invocó como segundo motivo subsidiario de nulidad, la causal prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 297 y 342 letra c) del mismo cuerpo de normas, al haberse desestimado la circunstancia minorante de responsabilidad, prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, infringiendo el principio de la razón suficiente por ausencia de fundamentación, al afirmar en la sentencia que debe ser acreditado por la defensa que su representado no tiene antecedentes penales pretéritos.

Sobre el particular, esta Corte ya ha sostenido que toda sentencia criminal debe razonar y exponer los fundamentos en que se apoya, justificar la decisión adoptada, fijar los hechos y establecer el derecho aplicable. El cumplimiento de la obligación de motivación de la decisión significa elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos hechos como probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos en la litis, con las garantías inherentes al juicio oral. Tal deber apunta no sólo a permitir la comprensión de la decisión, sino además a garantizar la actuación racional en el terreno de la determinación de las premisas fácticas del fallo.

La satisfacción de esta carga posibilita la fiscalización de la actividad jurisdiccional por los tribunales superiores mediante el ejercicio de los recursos procesales. Si el tribunal explica las razones de su resolución es posible controlar si efectivamente la actividad judicial se ha desarrollado dentro de los parámetros de la lógica-racional y la legalidad o si, por el contrario, es el resultado de la arbitrariedad. Por ello, en nuestro ordenamiento jurídico las decisiones judiciales no deben resultar de meros actos de voluntad o ser fruto de simples impresiones de los jueces, sino que deben ser el corolario de la estimación racional de las probanzas, exteriorizada como una explicación igualmente racional sobre la justificación de la decisión de una determinada manera -y no de otra-, explicación que deberá ser comprensible por cualquier tercero, mediante el uso de la razón.



Vigésimo: Que, al mismo tiempo, la fijación de los hechos y circunstancias que se tuvieren por probadas, favorables o desfavorables al acusado, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297 ya citado. Atendiendo a esta norma, el tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada, con señalamiento de los medios de prueba por los cuales se dieran por probados los hechos y circunstancias atinentes a la litis.

Vigésimo Primero: Que tal exigencia de fundamentación ha sido debidamente satisfecha por la sentencia que se revisa. En efecto, el fallo extrae conclusiones del análisis de la prueba, como resultado de un proceso valorativo de cada uno de los elementos de convicción rendidos, respecto de los hechos objetivos integrantes de la circunstancia atenuante penal alegada por la defensa, decidiendo su rechazar.

De esta manera, a diferencia de lo denunciado en el recurso, el tribunal sí se hace cargo de analizar toda la prueba rendida en el juicio a este respecto, en su fundamento décimo primero, señalando que "... en la especie no concurre la minorante del artículo 11 n°6 del Código Penal, pues no fue allegado ningún dato o antecedente que demostrara que el encartado es poseedor de una irreprochable conducta anterior, circunstancia que no se puede presumir de la sola falta de acreditación de anotaciones penales anteriores. No es efectivo que sea de cargo del persecutor demostrar algún reproche anterior para que la circunstancia en comento no concorra y que en el caso que así no ocurra la buena conducta se haya de presumir; es el interesado en establecerla quien debe fundar tal calidad del proceder pretérito del encartado aportando algún antecedente que así lo demuestre, teniendo en cuenta además, que se trata de un sujeto que, según los antecedentes aportados, llevaba varios años viviendo de forma irregular en Chile, lo que hace aún menos relevante o sustancial la información relativa únicamente a la conducta penal en su país de origen".

Así, no se observan que la sentencia carezca de contenido fáctico respecto de la ausencia de antecedentes penales pretéritos del encartado, tanto en su país de origen como en Chile, desde que, los jueces del Tribunal Oral de Osorno, al abocarse a analizar la atenuante de irreprochable conducta anterior, concluyen que la sola ausencia de reproches penales, no es suficiente para reconocer la morigeración de la sanción penal, agregando "máxime si el



encartado ha vivido en forma irregular en Chile”, estimando que la defensa debía aportar otros antecedentes que demostraran, además, la falta de reproche en la conducta anterior de Castrillón Flores.

Vigésimo Segundo: Que, a mayor abundamiento, es forzoso recordar que en este recurso no ha sido dada a esta Corte la facultad de realizar una nueva ponderación de los elementos de prueba vertidos en el juicio oral, puesto que ello atenta contra el principio de inmediación y supera los límites de la nulidad. Por el contrario, las argumentaciones del impugnante se dirigen en este sentido, a cuestionar la valoración de la prueba producida por la defensa durante el juicio, mediante el análisis parcial de ella, sin atacar —como supone la causal de nulidad en examen— el razonamiento del fallo que plasma el análisis global de la prueba rendida, en cuanto éste debe ajustarse a las reglas de la sana crítica, respetando las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados.

Por ello, la circunstancia de no compartir el recurrente las conclusiones del tribunal en cuanto a la valoración de la prueba producida, no supone automáticamente su impugnación por esta vía, desde que no se ha denunciado y demostrado la infracción a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, extremo que tampoco concurre pues quedó demostrado que las pruebas fueron consideradas y valoradas, sin contradecir estos parámetros, lo que permite la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegó el veredicto e impide configurar que el vicio denunciado, como constitutivo de invalidación absoluta, que contempla el artículo 374, letra e) del Código Procesal Penal, de manera que, el recurso propuesto por esta causal será rechazado.

Vigésimo Tercero: Que respecto de la cuarto motivo subsidiario alegado, fundado en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, como se dijo, los hechos reproducidos precedentemente fueron calificados como constitutivos del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1° de la Ley N° 20.000, para lo cual se tuvo presente las pericias químicas referidas en el motivo 7° del fallo, las que son categóricas en el sentido que las muestras examinadas correspondían a sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, descritas en el artículo



1° del Reglamento de la Ley 20.000, esto es, cannabis sativa o marihuana, como se concluye en el mismo basamento, al comprobarse la presencia de cannabinoles.

Vigésimo Cuarto: Que la pureza de la sustancia traficada no es una exigencia del tipo penal del artículo 3° de la Ley N° 20.000.

Al efecto, se debe tener presente que la propia Ley N° 20.000, en su artículo 63, ha establecido que será un reglamento el que señale las sustancias a que se refiere el artículo 1° del referido cuerpo legal, dictándose el D.S. N° 867 del año 2008, que reemplazó al D.S. N° 565 del año 1995, encontrándose la cannabis, en sus estados de resina, sumidades floridas o con frutos, o extractos y tinturas, contemplada en el actual artículo 1° del citado Reglamento.

De esta manera, la presencia de los principios activos de la sustancia de rigor es suficiente para calificarla como aquella que constituye el objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas, cuestión que ocurrió en este caso al detectarse en las muestras periciadas, según ya se explicitó, la presencia de aquellos principios activos propios de dicha sustancia.

Vigésimo Quinto: Que, a mayor abundamiento, al incautarse 329,13 gramos brutos de cannabis sativa, además de más de 95 gramos de cocaína y lidocaína, sustancias que dada su aptitud de ser dosificada y distribuida a numerosos consumidores finales, revela la inequívoca presencia del peligro concreto para la salud pública, objeto jurídico de protección amparado por la Ley N° 20.000 (SCS N° 23245-2019 de 30 de septiembre de 2019).

En este estado de las cosas, el objeto material del delito de tráfico de estupefacientes ha sido demostrado en el caso en comento, motivo por el cual no han errado los sentenciadores al establecer que los hechos descritos satisfacen la figura típica del artículo 3° de la Ley N° 20.000.

Vigésimo Sexto: Que, por todas las razones expuestas, la cuarta causal subsidiaria del arbitrio de nulidad deducido también será desestimada.

Vigésimo Séptimo: Que, finalmente, se ha denunciado la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, al haberse infringido el artículo 11 N° 6 del Código Penal, al haberse desestimado la referida circunstancia atenuante, a pesar que el tribunal



tuvo por cierto que el encartado no registra en Chile como en su país de origen, antecedentes penales pretéritos.

En el análisis de esta circunstancia, los jueces para desechar la concurrencia de esta atenuante señalaron en el párrafo tercero del basamento undécimo del fallo que el solo hecho de no registrar reproches penales con anterioridad, no era suficiente para reconocer la morigerante, desde que se trata de un extranjero que se encuentra en el país desde hace años, de forma irregular, circunstancias que imponen a la defensa acreditar otros antecedentes que lo hagan merecedor de la atenuante que alega.

Vigésimo Octavo: Que las razones esgrimidas por el tribunal para descartar esta circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, después de aceptados los hechos que la constituyen, esto es, la falta de anotaciones prontuariales pretéritas en Chile como en su país de origen, resultan contrarias a derecho y por lo tanto, representan efectivamente el yerro denunciado.

La norma en estudio señala que constituye una circunstancia atenuante “Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable”. Si bien la disposición contempla un adjetivo que debe ser interpretado y valorado por el tribunal, cual es la expresión “irreprochable”, ella no supone la imposición de exigencias adicionales como lo sostienen los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

En primer término, el tribunal rechazó la modificatoria de responsabilidad en estudio porque el sentenciado es un ciudadano extranjero que se encuentra en Chile desde hace años en forma irregular, circunstancia que no constituye un elemento de la atenuante, al contrario, la condición de migrante constituye una categoría sospechosa cuya utilización como criterio diferenciador de una decisión jurisdiccional puede importar un motivo de discriminación secundaria, que solo está permitida en la medida que se acredite que ella resulta legítima, objetiva, razonable y proporcional, nada de lo cual fue justificado por los sentenciadores de mérito, por lo que se incurre en error de derecho al excluir la concurrencia de la atenuante alegada, por esa circunstancia.

Luego, los jueces consideran que la defensa debía demostrar otras circunstancias, adicionales a reproches penales anteriores del encartado. Sin embargo, tal exigencia de



demostrar “otras circunstancias” que no han sido especificadas, no están en la disposición en examen y constituye un evidente error de derecho del tribunal, puesto que el hecho objetivo que debió ser analizado por éste era la existencia de anotaciones prontuariales pretéritas del imputado, tanto en Chile como en el país de origen, como se descartó, sin que fuera relevante para su establecimiento cualquier otra consideración de orden privado.

Vigésimo Noveno: Que, además, doctrinariamente, vale la pena tener en cuenta que la irreprochabilidad de la conducta que exige la minorante en examen, ha sido entendida en dos aspectos. Uno negativo, que dice relación con que el sujeto no haya sido condenado penalmente en el pasado, antes de la comisión del delito; otro positivo, que haya tenido un comportamiento ético-social adecuado con sus semejantes. De este modo, no se considera, de consiguiente, su moral personal, pues la vida privada queda al margen de esta valoración, siempre que no trascienda y afecte a los demás. (Garrido, Mario, Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Ed. Jurídica, segunda edición, 2010, páginas 195 a 196).

Trigésimo: Que de la forma antes señalada, aparece que los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal incurrieron efectivamente en error de derecho al desestimar la atenuante de irreprochable conducta anterior, habiendo manifestado argumentos del todo equívocos y contrarios a derecho para descartarla.

Lo anterior importa un grave perjuicio para el sentenciado, desde que esta atenuante, unida a aquéllas reconocidas por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, esto es, la 11 N° 9, colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, sin que concurren circunstancias agravantes de responsabilidad, coloca a éste en la situación que contempla el inciso 3° el artículo 68 del Código Penal, esto es, tener en su favor dos atenuantes sin que le afecte ninguna agravante, y con ello al juzgador imponer la pena asignada al delito rebajada en uno, dos o tres grados al mínimo de lo señalado por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

Trigésimo Primero: Que la situación antes descrita, consistente en haberse aplicado erróneamente la norma legal que permite configurar una atenuante de responsabilidad penal a favor del acusado, constituye la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, alegada por el recurrente, lo que es suficiente para acoger el recurso y declarar la nulidad de la sentencia condenatoria, en atención a lo que



dispone el artículo 385 del Código Procesal Penal, desde que, como se razonó precedentemente, ésta no se refiere a formalidades del juicio ni a los hechos ni circunstancias que se hubieren dado por probados en el juicio, pues el no reconocimiento de la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal obedece, como se dijo, a un error de derecho, cometido al esgrimir fundamentos jurídicos equivocados y con ellos desechar la pretensión del imputado, colocándola en situación desmejorada para la aplicación de la pena.

Trigésimo Segundo: Que, precisamente, es en esta parte donde adquiere vital importancia la exigencia básica establecida para que proceda la nulidad, esto es, que el vicio, consistente en una aplicación errónea del derecho, haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

En efecto, cabe dejar en claro que, en el presente caso, la aplicación de la pena se rige por el artículo 68 del Código Penal y si bien, atendidas las circunstancias modificatorias de responsabilidad concurrentes, el juez está facultado para recorrer la sanción en los términos que cada inciso señala, es lo cierto que ello sólo se hará cuando se haya establecido o no su concurrencia. La facultad de rebajar la pena, la podrá ejercer sólo si las condiciones establecidas en el proceso le permiten tal opción, lo que equivale a decir que si, como sucede aquí, se le ha reconocido dos atenuantes, el margen de su facultad está solo en determinar si rebaja uno, dos o tres grados la pena al mínimo señalado en la ley. Cabe advertir que la determinación previa de si concurren o no tal o tales atenuantes que han sido alegadas, no es una mera facultad del tribunal el aceptarlas, sino que constituye un deber el pronunciarse sobre ellas, decisión que ha de fundarse legalmente y en que, por cierto, se puede incurrir en errores de derecho, lo que evidentemente es revisable por esta vía.

De este modo, para la situación en estudio, y habiéndose reconocido por este tribunal la concurrencia de dos atenuantes, sin que exista agravante alguna, son estos jueces, que al dictar la sentencia de reemplazo y dando aplicación al citado artículo 68 del Código Penal, los únicos que pueden rebajar la pena en los términos ya expresados, estimándose que procede disminuir la sanción en un grado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letras a) y b), 374 letra e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se declara:



I.- Que se rechaza la causal principal, primera, segunda, tercera y cuarta subsidiaria de invalidación, contenida en el recurso de nulidad promovido por el abogado defensor público Juan Antonio Martínez Vidal, en representación del sentenciado John Eduard Castrillón Flores, contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, en los antecedentes RUC 2.100.734.863-8, RIT 18-2022, de fecha dos de mayo de dos mil veintidós, que lo condenó a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena; y al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a veinte unidades tributarias mensuales, en calidad de autor de un delito de tráfico ilícito de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en grado de consumado, perpetrado el día 12 de agosto de 2021, en la comuna de Osorno, sin costas.

II.- Se acoge la causal quinta subsidiaria del recurso de nulidad

deducido por la defensa del condenado John Eduard Castrillón Flores, impetrado en contra de la misma sentencia, en aquella parte que rechazó la atenuante de responsabilidad de irreprochable conducta anterior, prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, en cuya virtud lo condena a la pena antes señalada, y se procederá a dictar a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm. Rol 14.451-2022

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., Sra. María Teresa Letelier R. y los Abogados Integrantes Sra. Pía Tavolari G. y Sr. Ricardo Abuauad. No firma la Ministra Sra. Letelier, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ MINISTRO

Fecha: 09/08/2022 13:43:54

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN MINISTRO

Fecha: 09/08/2022 13:43:55



RICARDO ALFREDO ABUAUAD DAGACH

ABOGADO INTEGRANTE Fecha: 09/08/2022 13:43:55

PIA VERENA TAVOLARI GOYCOOLEA ABOGADO INTEGRANTE

Fecha: 09/08/2022 13:43:56

En Santiago, a nueve de agosto de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente

### **SENTENCIA DE REEMPLAZO**

Santiago, nueve de agosto de dos mil veintidós.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de nulidad que precede y lo estatuido en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

#### **Vistos:**

Se reproduce la sentencia de dos de mayo de dos mil veintidós, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, en los antecedentes RUC 2.100.734.863-8, RIT 18-2022, con excepción de los párrafos tercero y quinto del fundamento undécimo, que se eliminan.

Se reproducen, los motivos vigesimoséptimo a trigésimo segundo del fallo de nulidad que antecede.

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

1° Que, conforme se razonó en el fallo que se ha reproducido, el acusado le favorecen las circunstancias atenuantes de irreprochable conducta anterior y de colaboración sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, previstas en los numerales 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal, sin que le perjudique ninguna circunstancia agravante de responsabilidad.

2° Que, para la determinación de la sanción a imponer al acusado, se tendrá presente que la pena establecida para el delito tráfico ilícito de estupefacientes, es de presidio mayor en



sus grados mínimo a medio. Por otra parte, al acusado le favorecen dos atenuantes y no le perjudican agravantes, por lo que de conformidad al artículo 68 del Código Penal, se le rebajará la pena en un

grado, de conformidad al artículo 68 del Código Penal, quedando dentro del margen del presidio menor en su grado máximo.

3° Que, finalmente, y dado que se cumplen con los requisitos previstos en el artículo 34 de la Ley N°18.216, habiéndose oído al Ministerio del Interior en la audiencia de rigor, se hará lugar a lo solicitado por la defensa, sustituyéndose la pena corporal a imponer por la de expulsión del territorio nacional respecto del sentenciado.

Y visto, además lo dispuesto en los artículos 11 N° 6 y 9 y 68 del Código Penal, 1 y 3 de la Ley 20.00, 373 letra b) y 385 del Código Procesal Penal se declara que:

I.- Se condena a John Eduard Castrillón Flores, a sufrir la pena de tres años y un (1) día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, multa de 10 Unidades Tributarias Mensuales, en su calidad de autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación al artículo 1° de la Ley 20.000, perpetrados en la noche del día 12 de agosto de 2021.

II.- Que, cumpliendo el sentenciado con los requisitos establecidos en el artículo 34 de la Ley 18.216, se sustituye la pena privativa de libertad impuesta por la de expulsión, quedándole prohibido al condenado el ingreso a Chile por el plazo de 10 años, contados desde la fecha de su salida del país.

Oficiese a la Policía de Investigaciones y al Ministerio del Interior a fin de que implemente prontamente dicha pena sustitutiva, otorgándosele un plazo de 90 días para hacerla efectiva, entretanto manténgase al condenado en calidad de internado en el lugar que Gendarmería de Chile determine, mientras se ejecuta su expulsión.

En caso de que el condenado incumpla la prohibición de ingreso al país, y por tal razón deba cumplir la actual pena en forma efectiva, le servirá de abono a la pena, los días que estuvo privado libertad por esta causa, esto es, en forma ininterrumpida desde el 12 de



Noviembre de 2021 a la fecha de su expulsión del territorio nacional, según consta en el auto de apertura.

III. Que se decreta, además, el comiso de la moto marca Wangye, patente FBY 55, los dos teléfonos celulares y el dinero incautado en autos.

Regístrese la huella genética del condenado.

IV. Que se exime al sentenciado del pago de las costas de la causa.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Dahm Rol N° 14.451-22

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., Sra. María Teresa Letelier R. y los Abogados Integrantes Sra. Pía Tavolari G. y Sr. Ricardo Abuauad. No firma la Ministra Sra. Letelier, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ MINISTRO

Fecha: 09/08/2022 13:43:57

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN MINISTRO

Fecha: 09/08/2022 13:43:57

RICARDO ALFREDO ABUAUAD DAGACH

ABOGADO INTEGRANTE Fecha: 09/08/2022 13:43:58

PIA VERENA TAVOLARI GOYCOOLEA ABOGADO INTEGRANTE

Fecha: 09/08/2022 13:43:58

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

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



# **Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 95 del Código del Proceso Penal**

STC 12.879-2022

**PAIS:** Chile

**TRIBUNAL:** Tribunal Constitucional

**MATERIA:** DERECHO PENAL

**DERECHOS VINCULADOS:** Derecho de Amparo, Habeas Corpus por las malas condiciones de reclusión. . Inconstitucionalidad.

## **BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS**

Partes: a favor del requerimiento: Compass Catering y Servicios Ltda. Contra el requerimiento: INDH / DPP.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos interpuso acción de amparo ante el Juez de Garantía de Valdivia, en favor de los internos del módulo 43 del Complejo Penitenciario Llancahue de dicha ciudad, y en contra del Ministerio de Obras Públicas, la Dirección Regional de Gendarmería de Chile de la Región de Los Ríos, y la empresa Compass, en su supuesta calidad de concesionaria del Penal. Lo anterior, luego de que el INDH señaló haber realizado una visita a dicho centro penitenciario, en la cual refiere haber constatado “las pésimas condiciones de habitabilidad que presenta el módulo 43”, denunciando supuestas deficiencias de infraestructura y equipamiento en las zonas de las celdas, comedor, baños y espacios comunes de dicho módulo.

En audiencia celebrada el juez resolvió acoger parcialmente el amparo, disponiendo que la empresa COMPASS GROUP debía efectuar las reparaciones necesarias para cumplir con las condiciones mínimas de habitabilidad del módulo 43, lo que debía efectuarse dentro del plazo de 30 días hábiles desde que se encontrara ejecutoriada la resolución, todo ello sin



perjuicio de las contraprestaciones que pudiera haber entre las partes en un juicio de lato conocimiento. En contra de esta resolución dedujo un recurso de apelación, el cual fue declarado admisible por el tribunal de primera instancia, pero que con fecha 12 de noviembre de 2021, la Corte de Apelaciones de Valdivia acogió un recurso de hecho interpuesto por el INDH, y declaró inadmisibles las apelaciones. Posteriormente el INDH presentó una solicitud para que se apercibiera a la empresa a cumplir lo ordenado, por lo que el tribunal, para resolver, solicitó informe a Gendarmería y a la empresa.

La empresa COMPASS emitió un informe en que señaló que en su calidad de suboperador de la concesión del Penal de Valdivia, había requerido urgentemente en múltiples ocasiones a la Inspección Fiscal de Explotación la correspondiente instrucción y autorización necesaria para la realización de las obras de reparación ordenadas por el Tribunal, sin que a la fecha se haya obtenido respuesta ni autorización. Señala que luego de recepcionar su informe y el de Gendarmería, el tribunal ordenó citar a los intervinientes a una audiencia para el día 2 de febrero de 2022, a fin de discutir el cumplimiento de las reparaciones necesarias ordenadas con fecha 25 de octubre de 2021, audiencia que invoca como gestión pendiente para estos autos constitucionales. Problema de constitucionalidad planteado por la parte requirente: la aplicación, al caso concreto, del artículo 95 CPP importa una transgresión al derecho al debido proceso, el cual se encuentra consagrado bajo el número 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, vulnerándose el derecho a defensa jurídica y el derecho al recurso, toda vez que el derecho a un procedimiento racional y justo abarca también la etapa de ejecución de la sentencia que se dicte, sobre todo cuando ésta es de contenido patrimonial en que la parte condenada siempre podrá oponer, dependiendo el procedimiento de que se trate, diferentes excepciones a la sentencia. Alegan que la sentencia que se dicta en virtud del artículo 95 del Código Procesal Penal no es de aquellas que tenga naturaleza civil, ni contiene, en consecuencia, la decisión de una cuestión civil, por lo que no le es posible oponer excepciones de conformidad al artículo 234 del Código de Procedimiento Civil. Sostiene que en la especie, mediante el procedimiento establecido en el artículo 95 del Código Procesal Penal, y por la aplicación en concreto que se ha dado a dicha norma, la misma deviene en inconstitucional, por cuanto se pretende privar a la recurrente de ejercer el derecho a defensa en la etapa de ejecución de la sentencia, particularmente el derecho de oponer excepciones.



En segundo término, la actora reclama que en la especie se produce una infracción a la garantía de igualdad ante la ley, establecida en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, cuyo correlato procesal corresponde al principio de igualdad de armas.

## **OBSERVACIONES**

Decisión: Se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad (unánime).

### **Argumentos principales:**

“[...] En tanto especie del género acciones de habeas corpus, el amparo legal ante el juez de garantía del artículo 95 del Código Procesal Penal puede definirse como un derecho reconocido a toda persona que se encuentre actualmente privada de libertad, para solicitar a dicho juez que examine la legalidad de ese estado de privación, y a su vez, pueda revisar las condiciones bajo las cuales se encontrase dicha persona.

Este es un punto de mucha relevancia al momento de determinar el alcance de esta acción de amparo, por cuanto se tiende a reducir la finalidad de esta acción solo al test de legalidad que pueda realizar el Juez de Garantía, olvidando que en todo caso dicho juez siempre podrá, además, examinar las condiciones en las cuales se encuentra la persona privada de libertad, estando facultado, en uno u otro caso, a ordenar la libertad del afectado o bien adoptar la o las medidas que estime pertinentes para salvaguardar los derechos de la persona privada de libertad [...]

[...] En efecto, el sostener que los tribunales no pueden examinar las condiciones de la privación de libertad en sede de amparo es, en sí mismo, un contrasentido, una afirmación en contra del texto expreso que consagra el amparo legal, un error conceptual y es un peligroso aserto que vacía de contenido a la acción de amparo, siendo un planteamiento que recuerda la peor época de la jurisprudencia chilena en lo que a garantía de derechos humanos se refiere. [...]

“[...] la existencia de discrepancias entre un prestador de servicios y el Estado no es un motivo legítimo que permita justificar y exonerar de responsabilidades por condiciones carcelarias indignas, inseguras e insalubres -per se injustificables- en perjuicio de privados de libertad por orden del poder estatal encarnado en el sistema penal. En tal sentido, cualquier conflicto jurídico referido a prestaciones que el concesionario deba o no otorgar



deberá ser ventilado en la sede correspondiente, y no constituye una excusa que valide condiciones carcelarias infra humanas que terminan dificultando cualquier tipo de reinserción, que es en definitiva una finalidad primordial de la pena de acuerdo al artículo 5 inciso final, de la Convención Americana de derechos Humanos [...]"

## REPÚBLICA DE CHILE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 12.879-2022

[1 de septiembre de 2022]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO  
DEL ARTÍCULO 95 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

COMPASS CATERING Y SERVICIOS CHILE LIMITADA

EN EL PROCESO PENAL RUC N°2110045733-1, RIT N°5677-2021, SEGUIDO ANTE EL  
JUZGADO DE GARANTÍA DE VALDIVIA

### VISTOS:

Que, con fecha 31 de enero de 2022, Compass Catering y Servicios Chile Limitada, representada convencionalmente por Sebastián Mateluna Espinosa, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 95 del Código Procesal Penal, en el proceso penal RUC N°2110045733-1, RIT N°5677-2021, seguido ante el Juzgado de Garantía de Valdivia.

Precepto legal cuya aplicación se impugna

El texto del precepto impugnado dispone:

“Código Procesal Penal Artículo 95.- Amparo ante el juez de garantía. Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el



lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquél del lugar donde aquélla se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso interior.

Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República”.

Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal.

Refiere la actora que el día 4 de octubre de 2021, el Instituto Nacional de Derechos Humanos interpuso acción de amparo ante el Juez de Garantía de Valdivia, en favor de los internos del módulo 43 del Complejo Penitenciario Llancahue de dicha ciudad, y en contra del Ministerio de Obras Públicas, la Dirección Regional de Gendarmería de Chile de la Región de Los Ríos, y la empresa Compass, en su supuesta calidad de concesionaria del Penal. Indica que el INDH señaló haber realizado una visita a dicho centro penitenciario, con fecha 15 de agosto de 2021, en la cual refiere haber constatado “las pésimas condiciones de habitabilidad que presenta el módulo 43”, denunciando supuestas deficiencias de infraestructura y equipamiento en las zonas de las celdas, comedor, baños y espacios comunes de dicho módulo.

Agrega que el juez de garantía dio inicio a un procedimiento especial, el que importó a juicio de la actora, una verdadera tramitación de una acción cautelar constitucional de habeas corpus.

En dicho procedimiento, refiere que el juez, mediante oficio de 4 de octubre de 2021, solicitó informe a todas las recurridas. Agrega que su parte emitió informe el 15 de octubre, en tanto Gendarmería de Chile y la Dirección General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, hicieron lo propio con fechas 20 y 25 de octubre, respectivamente.



Hace presente que los tres informes evacuados concluyeron que los daños y deterioros denunciados fueron originados por causas ajenas a la sociedad concesionaria, y que en virtud de las Bases de Licitación y el D.S. MOP N° 272/2013 del Contrato de Concesión, debían ser abordados y asumidos por el Estado de Chile.

Agrega la actora que junto con el informe, acompañó contundente documentación y antecedentes de prueba, los cuales acreditaban que todos los daños habían sido constatados en forma previa, y habían sido informados a la autoridad fiscalizadora para su toma de razón, de forma bimensual. Señala que también acreditó que envió tres informes a la Inspección Fiscal de Explotación del Ministerio de Obras Públicas, dando cuenta del estado y situación de las dependencias y equipos correspondientes al establecimiento penal de Valdivia.

Enfatiza que al tribunal se le informó por todos los requeridos que tratándose de “Mantenciones o Reposiciones no contempladas en los Programas de Mantenimiento”, las situaciones ajenas a la responsabilidad de la sociedad concesionaria debían ser reparadas conforme las obligaciones del respectivo contrato de concesión, con la autorización del Inspector Fiscal.

A pesar de todo lo indicado, señala la requirente que en audiencia celebrada con fecha 25 de octubre de 2021, con la intervención de los abogados de Gendarmería de Chile y de su representada, y en ausencia de los recurrentes de amparo, el juez resolvió acoger parcialmente el amparo, disponiendo que la empresa COMPASS GROUP debía efectuar las reparaciones necesarias para cumplir con las condiciones mínimas de habitabilidad del módulo 43, lo que debía efectuarse dentro del plazo de 30 días hábiles desde que se encontrara ejecutoriada la resolución, todo ello sin perjuicio de las contraprestaciones que pudiera haber entre las partes en un juicio de lato conocimiento.

Agrega que en contra de esta resolución dedujo un recurso de apelación, el cual fue declarado admisible por el tribunal de primera instancia, pero que con fecha 12 de noviembre de 2021, la Corte de Apelaciones de Valdivia acogió un recurso de hecho interpuesto por el INDH, y declaró inadmisibles las apelaciones.



Posteriormente, refiere que el tribunal de garantía decretó el “Cúmplase”, y que el 15 de noviembre de 2021 despachó los oficios correspondientes para dar cumplimiento a lo ordenado (OF N° 6036-2021), al Ministerio de Justicia, Ministerio de Obras Públicas, a la Corte de Apelaciones de Valdivia y a la empresa COMPASS GROUP.

Añade que el 14 de enero de del presente año, el INDH presentó una solicitud para que se apercibiera a la empresa a cumplir lo ordenado, por lo que el tribunal, para resolver, solicitó informe a Gendarmería y a la empresa.

Indica que el 21 de enero de 2022, COMPASS emitió un informe en que señaló que en su calidad de suboperador de la concesión del Penal de Valdivia, había requerido urgentemente en múltiples ocasiones a la Inspección Fiscal de Explotación la correspondiente instrucción y autorización necesaria para la realización de las obras de reparación ordenadas por el Tribunal, sin que a la fecha se haya obtenido respuesta ni autorización.

Señala que luego de recepcionar su informe y el de Gendarmería, el tribunal ordenó citar a los intervinientes a una audiencia para el día 2 de febrero de 2022, a fin de discutir el cumplimiento de las reparaciones necesarias ordenadas con fecha 25 de octubre de 2021, audiencia que invoca como gestión pendiente para estos autos constitucionales.

Como conflicto constitucional, la requirente alega en primer lugar, que la aplicación de la disposición legal cuestionada importa una transgresión al derecho al debido proceso, el cual se encuentra consagrado bajo el número 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Señala que dentro de la garantía del debido proceso también se han visto evidentemente vulneradas en el presente caso el derecho a defensa jurídica y el derecho al recurso. En el caso sublite, indica que el derecho a un procedimiento racional y justo abarca también la etapa de ejecución de la sentencia que se dicte, sobre todo cuando ésta es de contenido patrimonial en que la parte condenada siempre podrá oponer, dependiendo el procedimiento de que se trate, diferentes excepciones a la sentencia.

Enfatiza que esta hipótesis no ocurre en la especie, porque la sentencia que se dicta en virtud del artículo 95 del Código Procesal Penal no es de aquellas que tenga naturaleza civil,



ni contiene, en consecuencia, la decisión de una cuestión civil, por lo que no le es posible oponer excepciones de conformidad al artículo 234 del Código de Procedimiento Civil.

Por las mismas razones anteriores, indica que tampoco son aplicables las normas del juicio ejecutivo relativas a las obligaciones de hacer.

Refiere además, que al no estar contemplado en la ley el apercibimiento con que se ha amenazado a su representada, el mismo carece de respaldo legal y puede prestarse a toda clase de arbitrariedades, ya que será el juez en definitiva quien determinará qué apercibimiento aplicar, y ello con la agravante que tampoco un mecanismo legal para reclamar en contra del referido apercibimiento.

Sostiene que en la especie, mediante el procedimiento establecido en el artículo 95 del Código Procesal Penal, y por la aplicación en concreto que se ha dado a dicha norma, la misma deviene en inconstitucional, por cuanto se pretende privar a la recurrente de ejercer el derecho a defensa en la etapa de ejecución de la sentencia, particularmente el derecho de oponer excepciones.

En segundo término, la actora reclama que en la especie se produce una infracción a la garantía de igualdad ante la ley, establecida en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, cuyo correlato procesal corresponde al principio de igualdad de armas. Señala que de dar aplicación a la manera pretendida respecto del artículo 95 del Código Procesal Penal en lo relativo a la ejecución de las resoluciones que se dicten en el marco de dicho procedimiento, se produce para el presente caso en concreto un resultado arbitrario, que implica un trato desigual en relación con los otros intervinientes, especialmente con el INDH, lo que constituye una discriminación arbitraria al verse desmejoradas sus posibilidades de defensa y al carecer de medios impugnatorios para cualquier decisión que adopte el Juzgado de Garantía de Valdivia.

#### Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala, con fecha 10 de febrero de 2022, a fojas 231, ordenándose la suspensión del procedimiento. Fue declarado admisible por resolución de la misma Sala el día 30 de marzo de 2022, a fojas 589. Conferidos los traslados a todas las partes de la gestión pendientes, y a los órganos constitucionales



interesados, a fojas 596, con fecha 18 de abril de 2022, formuló observaciones de fondo el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

En primer lugar, refiere, en cuanto a la gestión pendiente, que la resolución de 25 de octubre de 2021, que acogió parcialmente el amparo, se encuentra firme y ejecutoriada.

Luego, indica que con fecha 14 de enero de 2022 el INDH hizo presente al Juzgado que la empresa no había cumplido lo resuelto en audiencia de 25 de octubre de 2021, ante lo cual, el Juzgado solicitó a la empresa que informe sobre el cumplimiento de la resolución. La empresa Compass evacuó el informe de cumplimiento solicitado por el Juzgado con fecha 21 de enero de 2022 y el Tribunal citó a los intervinientes a audiencia el día 2 de febrero de 2022 a fin de discutir si se cumplió lo resuelto.

Agrega que con fecha 1 de febrero de 2022 la empresa interpuso como incidente de previo y especial pronunciamiento la incompetencia absoluta del tribunal, incidente que fue rechazado, por lo que el 7 de febrero de 2022 presentó un recurso de apelación en contra de dicha resolución, y destaca que la tramitación de dicha apelación que fue suspendida en virtud de la suspensión decretada por la Primera Sala de esta Magistratura, en la resolución de admisión a trámite del requerimiento, con fecha 10 de febrero de 2022.

Por ello afirma que la gestión que se encuentra pendiente es el recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de Valdivia del rechazo del incidente sobre incompetencia absoluta planteado el 1 de febrero del año en curso, que en la resolución de dicha apelación la norma cuestionada en estos autos no resulta aplicable y no es decisiva para resolver el asunto.

Afirma el INDH que el requirente en verdad no hace objeción alguna contra el precepto legal impugnado, sino que lo que trata de impugnar es la interpretación y aplicación dada por el tribunal de garantía de Valdivia, con cuya resolución no quedó conforme.

Por ello, señala que no se aprecia en la especie la infracción constitucional que se pretende, y reafirma que no existe en este caso una vulneración al derecho al debido proceso, puesto que el tribunal no solo solicitó un informe a la Requirente sobre el cumplimiento de la resolución, sino que citó a audiencia para discutir el cumplimiento de la resolución. Agrega que en ninguna de dichas oportunidades la requirente manifestó su pretensión de oponer las excepciones que ahora alega.



Además, sostiene que la afirmación de que existe una supuesta desigualdad de armas no está desarrollada en los términos requeridos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, esto es, indicando de manera precisa cómo se vulnera la Constitución con la aplicación del precepto.

Por ende, concluye que si a la requirente le parece injusta las medidas que adoptó el tribunal de garantía, debe reclamarlas en otra instancia, pero en forma alguna existe un vicio de constitucionalidad en la aplicación de la norma en examen, en tanto ésta solo mandata a los jueces a cautelar los derechos de las personas privadas de libertad adoptando las medidas que estimen pertinentes.

Con fecha 26 de julio de 2022, a fojas 617, la Defensoría Penal Pública, en representación de cinco internos que individualiza, del módulo 43 del Complejo Penitenciario de Valdivia, se hace parte en los presentes autos, y por resolución del Pleno de esta Magistratura de 27 de julio del presente año, a fojas 657, se tuvo a dicho organismo como parte en estos autos.

### **Vista de la causa y acuerdo**

En Sesión de Pleno de 28 de julio de 2022 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos de los abogados Alejandro Laura Teitelboim, por la requirente, Julio Cortés Morales, por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, y Sebastián Undurraga del Río, por la Defensoría Penal Pública, y se pospuso el acuerdo.

En sesión de Pleno del día 2 de agosto de 2022 se adoptó acuerdo, conforme fue certificado por la relatora de la causa.

### **Y CONSIDERANDO:**

#### **I. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CASO CONCRETO**

1. Sebastián Mateluna Espinosa, abogado, actuando en representación de Compass Catering Y Servicios Chile Limitada, deduce requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 95 del Código Procesal Penal, toda vez que, a su juicio, la aplicación del precepto impugnado deviene en la infracción de los siguientes derechos: (a) la garantía del debido proceso, consagrado en el artículo 19 N° 3, inciso 6° de la Constitución; (b) el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos



y a no ser objeto de discriminaciones arbitrarias, establecido en el artículo 19 N° 2 del Código Político. Asimismo, destaca que la aplicación del precepto impugnado es decisiva en la gestión pendiente, pues, como expone a foja 03 “dadas las características del caso y redacción efectuada por el Juzgado de Garantía de Valdivia de la obligación de hacer que se le pretende imponer (...) de aplicarse la referida norma legal, esta parte se quedaría sin posibilidad de rendir oposición a la ejecución de la sentencia y, por ende, no se estaría en condiciones de poder interponer las diferentes excepciones de defensa que la ley franquea, lo que implicaría que para el caso concreto esta parte denunciada se quede sin medio de defensa concreto”.

2. En relación con la gestión pendiente que sirve como fundamento al presente requerimiento de inaplicabilidad, el actor destaca lo siguiente, a fojas 05 y siguientes: 1. El Instituto Nacional de Derechos Humanos, interpuso ante el Juez de Garantía de Valdivia, acción de amparo del artículo 95 del Código Procesal Penal, en favor de los internos del módulo 43 del Complejo Penitenciario de Valdivia, donde señaló haber realizado con fecha 15 de agosto del 2021 una visita al Centro Penitenciario Llancahue de la ciudad de Valdivia, en la cual dice haber constatado “las pésimas condiciones de habitabilidad que presenta el módulo 43” indicando haber verificado las malas condiciones de habitabilidad en las zonas de las celdas, comedor y espacios comunes de dicho módulo. 2. A reglón seguido, el requirente indica que a pesar de tratarse de una acción impropia y de naturaleza diferente a aquella contemplada en el artículo 95 del Código Procesal Penal, el Juez de Garantía de Valdivia, sin perjuicio de aquello habría dado inicio a un procedimiento especial no contemplado en la ley, seguido bajo el RIT N°5677-2021. En ese contexto, la acción se dirigió en contra del Ministerio de Obras Públicas, la Dirección regional de Gendarmería de Chile y, finalmente, de su representada, en su calidad de concesionaria del Complejo Penitenciario. 3. De tal modo, el Juez de Garantía solicitó informar sobre las condiciones de habitabilidad referidas precedentemente. En los informes remitidos, según precisa, se concluye que los daños y deterioros en las instalaciones denunciadas por el INDH se encontraban originados en causas ajenas a la Sociedad Concesionaria, por cuanto debían ser abordadas y asumidas por parte del Estado de Chile. Informes que, según precisa, no habrían sido considerados por el Juez de Garantía. En el mismo sentido, el actor señala que los daños referidos no se deben a su uso o falta de mantención, razón por la cual aplica el



procedimiento contractual establecido en las Bases de Licitación y Decreto supremo MOP N° 272/2013 del Contrato de Concesión, el cual dispone que en el caso de la existencia de este tipo de daños, deberán ejecutarse “mantenciones o reposiciones no contempladas en los programas” todas las cuales dependerán del previo financiamiento de recursos adicionales proveídos por el Estado. Asimismo, a fs. 07 y siguientes, destaca que, pese a haber informado de forma previa al Ministerio de Obras Públicas de los daños, a la fecha no existía instrucción alguna de reparación y/o reposición por parte del mencionado órgano. 4. Agrega, que no obstante lo anterior, con fecha 25 de octubre del 2021, en procedimiento de amparo se dictó resolución condenatoria, en el siguiente tenor: “Que, considerando que las alegaciones efectuadas tanto por Gendarmería o como por la Empresa Compass, pueden ser atendibles pero en ningún caso pueden atribuirse a responsabilidades externas, como en este caso daños provocados por terceros, ya que lo que debe en definitiva primar es las condiciones de habitabilidad de los respectivos módulos y de las condiciones de habitabilidad y dignidad de los internos, quienes deben cumplir la condena en forma adecuada de acuerdo a la normativa constitucional como legal, especialmente en materia de derecho penitenciario. Que, considerando de que existe una empresa concesionaria a cargo de brindar todos los aspectos económicos y demás necesarios para el funcionamiento de la unidad penal y sin perjuicio de las retribuciones posteriores entre cada una de las partes a través de un juicio de lato conocimiento, se acoge parcialmente el amparo, en el sentido que la empresa COMPASS GROUP deberá efectuar las reparaciones necesarias para que se cumpla con las condiciones mínimas de habitabilidad de los respectivos módulos, en este caso, el módulo de internos 43, todo lo que deberá efectuarse dentro del plazo de 30 días desde que se encuentre ejecutoriada esta resolución. Todo lo anterior, sin perjuicio de las contra prestaciones que puede haber entre las partes en un juicio de lato conocimiento”. 5. La decisión precedente fue recurrida, mediante recurso de apelación deducido por su representada, el cual fue declarado admisible por el tribunal de primer grado. Sin perjuicio, con fecha 12 de noviembre del 2021, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, acogió un recurso de hecho interpuesto por el INDH, y declaró inadmisibles la apelación presentada. 6. En consecuencia, con fecha 13 de noviembre del 2021, el Tribunal de primer grado decretó el “cúmplase” de la sentencia impugnada, para luego despachar los oficios correspondientes para dar cumplimiento a lo ordenado (OF N° 6036- 2021). El



requirente destaca que, a fs. 10, el INDH presentó una solicitud, solicitando el apercibimiento a su representada a efecto de cumplir lo ordenado. Respecto de ello, el Juzgado de Garantía de Valdivia, previo a resolver solicitó a Gendarmería de Chile y a la empresa Compass Group, informar sobre el estado de avance de las reparaciones necesarias.

A tal efecto, el requirente hace presente que informó que en su calidad de suboperador de la concesión del Establecimiento penal, había requerido en diversas ocasiones la Inspección Fiscal de Exploración, para efecto de solicitar la correspondiente instrucción y autorización necesaria para la realización de las obras de reparación ordenadas por el Tribunal. Luego, precisa que no obtuvo respuesta ni autorización habilitante para dar inicio a tales obras.

## **II. DEL AMPARO ESPECIAL ANTE EL TRIBUNAL DE GARANTÍA Y EL CASO CONCRETO.**

3. Que, con la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Penal se crea, en el artículo 95, un amparo especial ante el Tribunal de Garantía. La referida norma indica lo siguiente:

“Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

“El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquel del lugar donde aquella se encontrare, para solicitar que se ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior.

“Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República”.

4. El precepto cuestionado viene a establecer una acción de amparo de la libertad personal, la competencia del tribunal de garantía para conocer y resolverla en única instancia, las atribuciones cautelares y de decretar medidas de restablecimiento de todo tipo.



5. Cabe señalar que la gestión pendiente es la etapa de cumplimiento de sentencia de una acción de amparo que ya fue conocida y resuelta por el Tribunal de Garantía de Valdivia en única instancia. Es en tal sentido que debe tenerse el control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales una acción que busca precaver la producción de un posible efecto contrario a la Constitución por la futura o inminente aplicación de un precepto legal específico.

6. Así, en el caso concreto debe constatar que habiéndose interpuesto la acción de amparo que el precepto establece, habiendo sido conocida y resuelta en única instancia, la preceptiva legal cuestionada ya recibió aplicación, y por ese solo motivo ya debe ser rechazada la acción de inaplicabilidad interpuesta, pues si bien pudo resultar decisiva su aplicación, el estado de la gestión pendiente, el cumplimiento de la sentencia, es posterior a su aplicación ya agotada.

7. Que estableciendo el precepto impugnado una acción legal de amparo del derecho humano a libertad personal, uno de los institutos más relevantes y sagrados del sistema constitucional y del respeto a la dignidad humana, es necesario precisar varias cuestiones al respecto, siendo la primera de ellas que no es acertado sostener que esta acción de amparo legal sea la misma que se contiene en el artículo 21 de la Constitución Política, pues la misma norma legal que lo consagra los diferencia e incluso los delimita en su inciso final ya transcrito. Lo segundo, es que sin perjuicio de ello, es evidente que estamos en presencia de una garantía jurisdiccional del derecho fundamental a la libertad personal, que tutela el control de legalidad de privaciones de libertad y que expresamente entrega poderes de examinar además las condiciones de privación de libertad, de reestablecer breve y sumariamente la libertad del afectado y de ordenar todas las medidas que el tribunal estime procedentes y necesarias.

8. Es en tal sentido que en el artículo 95 establece una garantía jurisdiccional específica de la libertad personal, mediante una tutela especial y autónoma ante el tribunal de garantía, que constituye un segundo amparo, de rango legal, y que más allá de sus diferencias con el amparo constitucional participa de los ejes principales de sus caracteres, en cuanto a su objeto, en cuanto a ser una acción de restablecimiento, desformalizada, de urgencia, y a dotar al tribunal de amplias potestades. Así, a pesar de sus diferencias con el amparo



constitucional del artículo 21, en todo lo que el amparo legal participe del mismo, en cuanto a las atribuciones del tribunal, a su carácter de urgencia, a la desformalización y en cuanto a su finalidad, todo lo que se haya predicado en el constitucionalismo chileno respecto del habeas corpus ha de ser replicado respecto del amparo legal del artículo 95.

9. A su vez, no puede preterirse que el amparo del artículo 95 del Código Procesal Penal cumple una muy relevante función de coherencia sistémica, pues viene a ser un verdadero cierre de un sistema integral de controles de afectaciones de la libertad personal, que gira en torno a la jurisdicción de garantía mediante autorizaciones previa y audiencias de control inmediato ex post, a lo que se suma la figura de la audiencia de cautela de garantías y finalmente el amparo de rango legal, de manera tal que se asegura un control integral de todo lo que pudiese parecer afectación de derechos fundamentales.

10. En cuanto a las diferencias entre el amparo constitucional y el amparo legal, valga la pena señalar: “1) El amparo constitucional tiene carácter preventivo y correctivo, el del Código, meramente correctivo; 2) El amparo constitucional preserva la libertad ambulatoria y la seguridad individual; el del Código, la libertad ambulatoria y la fiel observancia de las normas que regulan la privación de libertad; 3) El amparo constitucional tienen lugar cualesquiera sea la fuente del agravio a la libertad o a la seguridad; el amparo del Código no es procedente si la privación de libertad tiene origen jurisdiccional; 4) La tramitación del amparo constitucional se norma en el artículo 21 de la Carta y en el Auto Acordado de la Corte Suprema; la del amparo del Código, exclusivamente en este cuerpo legal; 5) El amparo constitucional se falla en primera instancia por la Corte de Apelaciones y en segunda por la Corte Suprema; el del Código, en instancia única por el juez de garantías.” (Raúl Tavolari Oliveros, ¿Eliminación de la acción de amparo?, publicado en La semana jurídica, 29 de enero de 2001, Editorial Jurídica Conosur, Santiago).

11. Que en el presente proceso lo que se pide declarar inaplicable es el precepto legal que establece esta garantía jurisdiccional específica de la libertad personal que es el amparo ante el juez de garantía del artículo 95 del Código Procesal Penal. En este sentido, no deja de llamar la atención que por vía de inaplicabilidad, una herramienta de tutela judicial efectiva de derechos constitucionales, se busque dejar sin efecto justamente una garantía de los mismos, consistente ni más ni menos que en una de las acciones de habeas corpus



vigentes en nuestro derecho, recordando que es difícil sostener hoy la idea de constitucionalismo y de derechos fundamentales sin garantías de la libertad personal y de la seguridad individual como el habeas corpus, llamado en Chile acción o recurso de amparo, que hoy en Chile goza de una consagración dual, mediante dos acciones de fuentes diferentes: la del artículo 21 de la Constitución y la del artículo 95 del Código Procesal Penal. Así, no cabe duda que el precepto cuestionado establece una de las dos acciones de habeas corpus vigentes en el sistema jurídico chileno.

12. En tal sentido, conceptualmente el habeas corpus es un derecho consagrado con jerarquía constitucional para provocar la actividad jurisdiccional encaminada a conferir el resguardo del Estado a valores consagrados en el ordenamiento y es también un derecho público subjetivo concreto que tiene todo sujeto, para interpretar la intervención jurisdiccional a fin de resguardar su libertad, seguridad e integridad personal (Raúl Tavolari Oliveros, Habeas Corpus, Recurso de amparo, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 27 ss), carácter este último del cual participa el amparo legal del artículo 95 del Código Procesal Penal, cuestión que no puede ser disociada del estándar convencional interamericano de derechos humanos, en particular del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto obliga a los Estados a institucionalizar un recurso sencillo, eficaz y breve para ocurrir ante los tribunales y demandar tutela de derechos humanos.

13. En tanto especie del género acciones de habeas corpus, el amparo legal ante el juez de garantía del artículo 95 del Código Procesal Penal puede definirse como un derecho reconocido a toda persona que se encuentre actualmente privada de libertad, para solicitar a dicho juez que examine la legalidad de ese estado de privación, y a su vez, pueda revisar las condiciones bajo las cuales se encontrase dicha persona. Este es un punto de mucha relevancia al momento de determinar el alcance de esta acción de amparo, por cuanto se tiende a reducir la finalidad de esta acción solo al test de legalidad que pueda realizar el Juez de Garantía, olvidando que en todo caso dicho juez siempre podrá, además, examinar las condiciones en las cuales se encuentra la persona privada de libertad, estando facultado, en uno u otro caso, a ordenar la libertad del afectado o bien adoptar la o las medidas que estime pertinentes para salvaguardar los derechos de la persona privada de libertad (Miguel



Ángel Fernández, La nueva justicia penal frente a la Constitución. Santiago, editorial LegalPublishing, Santiago, 2006, pp. 42 y 43.)

14. No puede obviarse que la relación entre constitucionalismo, limitación al poder estatal, garantía de la libertad personal y acción de amparo es indisoluble e indisoluble. En tal sentido, suele ser un lugar común remitir los orígenes de lo que hoy denominamos habeas corpus a la británica, Carta Magna de 1215, mas es un hecho indiscutible que tiene antecedentes más remotos en España, algunos siglos antes, en el instituto del amparo aragonés ante el justicia mayor, y para parte de la doctrina también en el interdicto romano *homine libero exhibendo*, dentro del cual la actuación de “habeas corpus” consistía en traer a disposición del pretor al sujeto amparado para ser examinado y constatar sus condiciones. (Ver en este sentido, Humberto Nogueira Alcalá, EL HABEAS CORPUS O RECURSO DE AMPARO EN CHILE, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Núm. 102. Madrid, Octubre- Diciembre 1998 y Raúl Tavolari Oliveros, Habeas Corpus, Recurso de amparo, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 27 ss.). Al día de hoy, es sintomático constatar que resulta imposible hablar de un genuino constitucionalismo sin la consagración del derecho de la libertad personal y la seguridad individual, acompañado de su necesaria y consecuente garantía jurisdiccional de habeas corpus.

15. Que, en estrados se señaló por el letrado de la requirente que la tutela de amparo legal que se contiene en el precepto impugnado no permitiría al juez evaluar las condiciones de la privación de libertad, sino solamente la legalidad de la misma. Debe explicitarse que tal aserto no es efectivo bajo ningún respecto, pues como lo ha señalado la doctrina procesal especializada, en esta verdadera garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales a la libertad personal y a la seguridad individual que constituye la tutela de amparo legal que se contiene en el artículo 95 del Código Procesal Penal, el tribunal tiene amplias competencias al efecto, determinadas también por los caracteres de la acción, en la medida que “el objeto de esta petición formulada por la persona privada de libertad, puede ser: 1.- Que el Juez de Garantía examine la legalidad de la privación de libertad, y 2.- Para que el Juez de Garantía examine las condiciones en que se encontrare la persona privada de libertad, constituyéndose si fuere necesario, en el lugar donde ella se estuviese. En el contexto indicado, el Juez de Garantía podrá ordenar la libertad del afectado o bien adoptar las



medidas que fueren procedentes de acuerdo al caso en concreto” (RIOS ALVAREZ, Rodrigo. Alcances de la acción de amparo ante el Juez de Garantía. RDUCN [online]. 2018, vol.25, n.1 [citado 2022-08-05], pp.257-278. Disponible en:<[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532018000100257&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532018000100257&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-9753. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532018000100257>).

16. En efecto, el sostener que los tribunales no pueden examinar las condiciones de la privación de libertad en sede de amparo es, en sí mismo, un contrasentido, una afirmación en contra del texto expreso que consagra el amparo legal, un error conceptual y es un peligroso aserto que vacía de contenido a la acción de amparo, siendo un planteamiento que recuerda la peor época de la jurisprudencia chilena en lo que a garantía de derechos humanos se refiere. En efecto, resulta trágicamente similar a lo que se sostuvo por la Corte Suprema con posterioridad al golpe de Estado de 1973, cuando además de denegarse la tutela de amparo, se dio en sede jurisdiccional una verdadera carta blanca al régimen de facto acerca de las condiciones de privación de libertad señalando que no podían enjuiciarse “las modalidades del arresto destinadas a conferirle eficacia” a la privación de libertad (ver sentencia de 30 de julio de 1974, de la Corte Suprema en el amparo rol 18.830) en una errada línea jurisprudencial que terminó siendo degradante y denegatoria respecto de la garantía de la libertad personal. En efecto, casi medio siglo después, el enfoque que los tribunales chilenos dan al habeas corpus es felizmente diferente, señalando que “La libertad personal es entendida como la libertad física de la persona y como la libertad de movilización, desplazamiento o de circulación, inherentes a ella. Por su parte, la seguridad individual es asumida como un derecho complementario de los anteriores, que se traduce en la implementación de ciertos mecanismos cautelares, expresados en exigencias, requisitos o formalidades, tanto de orden constitucional como legal, cuyo propósito es proteger ese derecho, a la libertad personal, de los abusos de poder y de las arbitrariedades. Esta garantía se expresa en el artículo 19 N° 7, letra b), de la Carta Fundamental, al declararse que nadie puede ser privado de su libertad individual ni ésta restringida “sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”,” (Sentencia Rol N° 351-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 de marzo de 2013, cons. 5, caso “CUARTEL BORGÑO”) entendiéndose los tribunales que desde tal perspectiva es evidente



que las condiciones de la privación de libertad son parte del examen del estándar de garantía del derecho en sede de amparo, cuestión respecto de la cual podrían citarse cientos de sentencias de los últimos 30 años, pero en referencia a las similitudes del caso concreto baste constatar por ejemplo que en una de las sentencias más relevantes de las últimas décadas se señala expresamente acogiendo la acción que “las condiciones en que se han ejecutado las privaciones de libertad son del todo inadecuadas e indignas para cualquier persona (los detenidos están virtualmente hacinados, deben dormir en el suelo, permanecen encerrados prácticamente todo el día, saliendo de sus celdas ocasionalmente para asearse o acudir al baño, el lugar es sombrío y con escasa ventilación, etcétera).” (Sentencia Rol N° 351-2013 de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 9 de marzo de 2013, cons. 10, caso “CUARTEL BORGONO”).

### **III. DEL ROL GARANTE DEL ESTADO RESPECTO DE LAS CONDICIONES DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y EL FIN DE LA PENA.**

17. Que la posición de garantes de derechos fundamentales en la que los artículos 5° y 6° de la Constitución Política de la República determinan el ejercicio de las atribuciones de la judicatura en tanto agentes del Estado, implicaría que abdicar del examen de las condiciones de privación de libertad en sede de amparo -legal o constitucional- sería una verdadera hipótesis de denegación de tutela judicial efectiva, lo cual no puede ser preterido en el caso concreto. Es en tal sentido que el tribunal del fondo no solo tiene las atribuciones, sino también el deber de hacer tal examen, como se hizo en el caso concreto, constatándose las paupérrimas condiciones carcelarias que se observan a fojas 36 a 85, del presente expediente. En tal sentido, es efectivamente el Estado el primer garante de las condiciones carcelarias en tanto obligado correlativo primario de los tratados internacionales de derechos humanos y destinatario de las limitaciones al poder que constituyen los derechos fundamentales. En tal sentido, no es competencia de este tribunal delimitar ni determinar cuáles son las responsabilidades de un concesionario de servicios y cuáles son las de Gendarmería de Chile en un establecimiento carcelario, sin perjuicio de lo cual se observa que el tribunal de garantía ha oficiado tanto al concesionario requirente como a Gendarmería para que tomen las medidas necesarias para reestablecer el imperio del derecho, frente a lo cual cabe señalar que la existencia de discrepancias entre un prestador de servicios y el



Estado no es un motivo legítimo que permita justificar y exonerar de responsabilidades por condiciones carcelarias indignas, inseguras e insalubres -per se injustificables- en perjuicio de privados de libertad por orden del poder estatal encarnado en el sistema penal. En tal sentido, cualquier conflicto jurídico referido a prestaciones que el concesionario deba o no otorgar deberá ser ventilado en la sede correspondiente, y no constituye una excusa que valide condiciones carcelarias infra humanas que terminan dificultando cualquier tipo de reinserción, que es en definitiva una finalidad primordial de la pena de acuerdo al artículo 5 inciso final, de la Convención Americana de derechos Humanos, aprobada mediante Decreto N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicada el 05 de enero de 1991, y a la jurisprudencia de este Tribunal (ver sentencias Roles N°s 8574-20, c. 31; 8065-20, c.7; 8110-20, c. 7 ).

18. Que, de tal modo el carácter fundamental de reconocer la importancia de la intervención del Estado en la promoción de un estándar mínimo que permita la habitabilidad en condiciones dignas de los recintos penitenciarios, y que propendan a la reinserción de los reclusos, ha sido reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha señalado que "(...) Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna" (Caso Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004). Lo anterior se ha traducido en la determinación de obligaciones específicas de las cuales es garante el Estado, que debe ejecutar una serie de medidas con el objetivo de darles cumplimiento, pues las modalidades de ejecución de las medidas adoptadas no deben someter al preso a una situación de penuria o a una prueba cuya intensidad exceda el grado inevitable de sufrimiento inherente a la prisión.



19. En este orden, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha aproximado a precisar las condiciones carcelarias en las cuales deben encontrarse aquellas personas que estén privadas de libertad y que tienen que ser garantizadas por el Estado, expresando, entre otras, las siguientes condiciones: “a) el hacinamiento constituye en si mismo una violación a la integridad personal y, además, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios; b) la separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad y los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición; c) todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia; d) la alimentación que se brinde en los centros penitenciarios debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente; e) la atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario y a cargo del personal médico calificado cuando sea preciso; f) la educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos; g) las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias; h) todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene; i) los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad; j) los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano (...)” (Caso Pacheco Teruel y otros contra Honduras, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de abril de 2012).

20. Que, adicionalmente, el sistema de protección de los derechos humanos obliga al Estado a ejecutar todas las medidas necesarias para proteger la integridad física y psíquica de aquellos privados de libertad. Lo anterior, se traduce, por una parte, en el imperativo de establecer medidas para evitar situaciones de emergencia, como podría ser un incendio o, incluso, el caso que motiva el presente requerimiento, referido a las condiciones de



habitabilidad, lo que incluye establecer protocolos para realizar reparaciones, mantenciones y reposiciones, debiendo prever el deterioro de los inmuebles, ya sea por causa de su desgaste natural o, incluso por la intervención de terceros, sin que ello se transforme en una excusa para no satisfacer el estándar referido, pues en cualquier caso será un deber del Estado o de la concesionaria prever los escenarios en los cuales podrían ocurrir estos incidentes, desgaste u otros hechos que ocasionaren daños en el inmueble, por cuanto primará la obligación de instituir en el diseño de los mismos edificios, los mecanismos de prevención (ver en este sentido Caso Pollo Rivera y otros contra Perú, sentencia del 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319).

21. Que, debe constatarse que el Estado de Chile, por intermedio de diversos órganos, verifica, diagnostica y publica con frecuencia estudios e informes críticos de la situación carcelaria en Chile.

22. En ese sentido, el “Estudio de las condiciones carcelarias en Chile” realizado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, publicado en abril de 2019 y disponible en <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1180/estudio-general-2016-2017.pdf?sequence=3> , constata, entre otras, las siguientes condiciones existentes al momento de realizarse el informe: - Al menos 22 cárceles están por sobre el tope de su capacidad para alojar presos al punto que “En algunos colectivos los internos dicen que duermen hasta en los baños ubicados al interior de las celdas, instalando colchonetas para ello”. El informe califica como hacinamiento el porcentaje de ocupación superior al 120% de cada penal. - El 51,3% de los hombres privados de libertad no cuenta con un espacio propio para dormir, es decir, más de la mitad de los presos no tiene una cama. - La misma medición, en referencia a las mujeres privadas de libertad, arroja un 35,7%, es decir, más de un tercio de las presas no tiene una cama. - En cuanto a atención sanitaria se refiere, el informe constata que, en promedio, en el sistema carcelario chileno se cuenta con un médico para cada 49 internos. Dicha cifra es un promedio, por lo que en el propio informe debe constatarse que hay casos extremos, como el penal de Combarbalá, que no tiene médico ni instalaciones de enfermería, contando con solamente un paramédico de visita una vez a la semana, o el penal de Los Andes, con un médico cada 187 internos.



23. Que, en este contexto el Estado debe asumir un rol de cuidado y garante de la vida, integridad y dignidad de los presos dentro de la cárcel adoptando todas las medidas posibles y a su alcance, lo cual significará que existan herramientas procesales oportunas, que permitan asegurar el cumplimiento efectivo de dichos estándares, ya sea por el cumplimiento de obligaciones propias prestadas directamente por el Estado, o bien de forma subsidiaria por agentes privados que cumplen una función de naturaleza esencialmente pública.

#### **IV. CONSIDERACIONES FINALES.**

24. Que, si bien en el caso concreto se interpuso la acción de amparo que el precepto establece, y esta fue conocida y resuelta en única instancia, la preceptiva legal cuestionada ya recibió aplicación, y por ese solo motivo debe ser rechazada la acción de inaplicabilidad interpuesta, pues si bien pudo resultar decisiva su aplicación, el estado de la gestión pendiente, el cumplimiento de la sentencia, es posterior a su aplicación ya agotada.

25. Por otra parte, este excelentísimo Tribunal Constitucional ha precisado como cuestión de relevancia constitucional la vida e integridad de quienes se encuentren privados de libertad, arribando a la convicción de que las obligaciones entre la empresa requirente y el Estado, no exoneran a uno u otro de la responsabilidad respecto a los bienes jurídicos que custodian -más aún si existen medios procesales disponibles para repetir en contra de quien sea el responsable final de la obligación- en especial atención de la intensidad en la restricción de los derechos respecto a quienes se encuentran sometidos a algún régimen de privación de libertad dentro del módulo 43, en el Complejo Penitenciario singularizado.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

#### **SE RESUELVE:**

I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO.

OFÍCIESE.



II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.

III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

Redactó la sentencia el Ministro señor RODRIGO PICA FLORES. Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 12.879-22-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señor Cristian Omar Letelier Aguilar, señor Nelson Roberto Pozo Silva, señor José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señor Rodrigo Patricio Pica Flores y señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga

Meza.

6D539F3E-23D7-456D-A5E6-C6F27BA49CBB

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl) con el código de verificación indicado bajo el código de barras.



**Costa Rica**



# MUJERES IMPUTADAS EN CONDICION DE VULNERABILIDAD

**Sentencia 479-2022 del 06 de mayo del 2022**

**PAÍS:** Costa Rica

**TRIBUNAL:** Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

**MATERIA:** Derecho Penal / Derechos Humanos

**DERECHOS VINCULADOS (PALABRAS CLAVES):** Mujeres Imputadas, Vulnerabilidad, autodeterminación, libertad de decidir.

**ENLACE:** <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0006-1092441>

## **BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS**

En el presente asunto, salta a la vista que los reclamos del recurrente relacionados con la aplicación de los numerales 71 y 72 del Código Penal, fueron ampliamente examinados en la resolución N° 2020-0283, de las 09:15 horas, del 24 de febrero de 2020, del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, la cual declaró sin lugar el recurso de apelación incoado por la defensa técnica de la encartada. Sobre el tema que ahora se cuestiona en revisión, en dicha oportunidad el Tribunal de Apelación sostuvo: "...El recurrente debe tener claro que si bien existe una novedosa legislación incluida en el numeral 71 del Código Penal, la aplicación del inciso g) de ese artículo no es un ejercicio automático, en cuya virtud deba aplicarse un rebajo de la pena sin mayor análisis. Si bien la norma se refiere expresamente a las mujeres en estado de vulnerabilidad, no basta con que se demuestre en juicio la existencia de la vulnerabilidad sino que ella debe acompañarse de la prueba acerca de su influencia cierta y razonable en la comisión del delito. Nótese que no basta entonces que la persona imputada sea una mujer en estado de vulnerabilidad para aplicar un rebajo de pena por el inciso g) que ahora se comenta. Además de ello, hay que probar la conexión existente entre aquel estado de vulnerabilidad y la comisión del delito en el caso concreto. En el sub iudice, la defensa técnica reclama que el tribunal obvió la prueba que demuestra la vulnerabilidad de Torres López y que en su criterio, fue determinante para la comisión de los delitos por los cuales



fue condenada. No obstante, esta cámara no comparte los reclamos del recurrente por las siguientes razones. Es cierto que la prueba documental analizada en el juicio y también en la sentencia, da cuenta que la imputada Torres López es una persona sumida en la pobreza y en el consumo de las drogas, en un contexto de una historia de vida marcada por la violencia física y sexual. No obstante, ello per se no equivale a afirmar que ha debido aplicarse un rebajo de las penas de prisión, justamente porque no hay una conexión razonable entre la vulnerabilidad que puede considerarse inherente a una persona pobre, adicta a las drogas y con una experiencia de vida violenta, con la comisión de los delitos específicos por los cuales fue condenada Torres López. En efecto, como bien lo razonó el tribunal de mérito, en el caso de la ofendida la pobreza, consumo de drogas e historia de vida de Torres López no han sido condicionantes que impulsaran a la encartada a delinquir como lo hizo. Al respecto, debe recordarse que cuando el legislador incluyó el inciso g) al artículo 71 del Código Penal, lo que hizo fue visibilizar un elemento que ad initio ha formado parte del análisis de la culpabilidad de la persona imputada. En efecto, junto con la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad, el juicio de reproche que se lleva a cabo al referirse a la culpabilidad de una persona, incluye la valoración de sus posibilidades para haber actuado de una forma diferente. Así, la exigibilidad de una conducta diferente a la delictiva, dimana de la idea misma de libertad inherente al componente de la culpabilidad, pues en tesis de principio, una persona capaz mentalmente, conocedora de las reglas mínimas de convivencia social, es libre de decidir si comete o no determinado hecho delictivo. Cuando la normativa ha positivizado el tema de la vulnerabilidad de las mujeres que cometen un injusto penal, lo hace para que se analice si aquella vulnerabilidad limitó de alguna forma su libertad, determinándola a delinquir con un poder motivador lo suficientemente fuerte, como para afirmar que el juicio de reproche no puede ser completo, sino disminuido en proporción a la envergadura de la fuerza persuasiva proveniente del estado de vulnerabilidad. En otras palabras, solo cuando haya pruebas para estimar razonable que una mujer en estado de vulnerabilidad delinquirió, determinada por la fuerza de aquello que la hacía vulnerable, podrá estimarse que su libertad estaba limitada al delinquir de tal forma, que el reproche deba ajustarse proporcionalmente al ámbito de libertad que sí ostentó, para que su grado de culpabilidad disminuido conduzca también a una penalidad igualmente disminuida. Ahora bien, en el caso concreto, el tribunal de mérito mencionó el hecho de que la historia de vida y las condiciones personales de Torres López, no generaban una disminución de su capacidad de autodeterminación. Esta cámara avala lo resuelto por el a quo ya que, en el caso de la ofendida [Nombre 001] sin duda la vulnerabilidad de la imputada no fue un factor condicionante de su proceder delictivo, ya que acerca



de los hechos donde la ofendida es la señora [Nombre 001] , no hay relación de causa y efecto entre el violento robo que ejecutó Torres López en la vía pública, y su estado de vulnerabilidad. Las personas pobres, adictas a las drogas y con historia de vida violenta, no son impulsadas - con su libertad limitada - a apuñalar en el abdomen a otras personas en la vía pública, para sustraer sus pertenencias. Es posible que aquellas realidades de vida sí lleven a las personas a cometer delitos contra la propiedad, pero ello no equivale a afirmar que las condicionantes de vida comentadas, abarcan todas las formas de violencia, pues lejos de ser entonces un factor que humanice el juicio de reproche, se trataría de una "patente de corso" cuyo efecto sería limitar la acción de la justicia, reflejado en un monto de pena que no valore el grado de culpabilidad real que corresponde a una persona. En otras palabras, la vulnerabilidad no debe ser entendida como un escudo para delinquir de cualquier forma, con la garantía de que la pena será disminuida, ya que ello desnaturalizaría el rigor intelectual que gira en torno al juicio de reproche propio del análisis de la culpabilidad. La vulnerabilidad debe ser analizada con detalle en cada caso concreto, destacándose no solo su existencia, sino también su vínculo razonable con la comisión del delito. Ello significa que debe analizarse si los factores que crearon el estado de vulnerabilidad, tienen o no la fuerza suficiente para haber disminuido la libertad plena de la persona que delinque. En el caso sub judice, la conducta de la imputada Torres López desbordó el alcance de la envergadura que puede afirmarse de factores como la pobreza, adicción a las drogas e historia de violencia física y sexual, pues los delitos que cometió conforme al fallo venido en alzada, han sido por un lado, una sustracción violenta en la vía pública, y por otro lado, en el caso de la ofendida [Nombre 005], una agresión con arma y privación de libertad agravada, precedidas de lesiones causadas con fuego, en el contexto de una relación de pareja abusiva y desigual, en la que ella fue la parte dominante y agresora de la relación. Como bien lo destacó el tribunal de mérito, los hechos probados no dan cuenta de acciones condicionadas e irreflexivas (sic) de parte de Torres López, sino que se trata de conductas del todo voluntarias, planeadas con mala intención, sobre todo los delitos cometidos en perjuicio de su pareja sentimental, a quien Torres López dominó y agredió sistemáticamente, no siendo ello un impulso puntual vinculable con su historia de vida y su realidad actual, de tal forma que en el caso de la imputada Torres López, no es aplicable el inciso g) del artículo 71 del Código Penal, ni tampoco el numeral 72 ídem como acertadamente lo razona ampliamente el tribunal de mérito..." (folios 227 vuelto a 229). De lo anterior se colige, con meridiana claridad, que los aspectos que cuestiona la gestionante en revisión (referidos a la aplicación de los artículos 71 y 72 del Código Penal), ya fueron discutidos y resueltos en sede de apelación de sentencia, lo que torna en inadmisibles sus reclamos.



EN SUMA: La Defensa reclama que el tribunal obvió la prueba que acredita el estado de vulnerabilidad de la imputada, lo cual para su criterio fue determinante para la comisión de los delitos por los cuales fue condenada. La persona Torres es una persona sumida en la pobreza y el consumo de drogas en contexto de vida de violencia física y sexual. Esto no implica la rebaja de la pena según sostiene el tribunal no haciendo lugar a lo establecido por el novedoso Art.71 - “El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe. Para apreciarlos se tomará en cuenta: lit G “Que la persona sentenciada sea una mujer que se encuentre en estado de vulnerabilidad, por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y la manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia de género, cuando ese estado haya influido en la comisión del hecho punible y Artículo 72- Cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho punible, el juez las apreciará por su número e importancia, de acuerdo con el artículo anterior.

Cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el inciso g) del artículo anterior y la mujer sentenciada no tenga antecedentes penales, el tribunal de juicio podrá disminuir la sanción, incluso por debajo del monto mínimo previsto en el tipo penal.

Entiende el tribunal que debe existir una conexión razonable entre el delito y la vulnerabilidad alegada por la defensa.

**VER SENTENCIA COMPLETA EN:**

<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0006-1092441>



# Personas en condición de vulnerabilidad

Sentencia 8751-2022 del 20 de abril de 2022

**PAÍS:** Costa Rica

**TRIBUNAL:** Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

**MATERIA:** Penal

**DERECHOS VINCULADOS (PALABRAS CLAVES):** Derechos Humanos, Igualdad, No discriminación

## BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS

La interrogante que debe responder todo Tribunal de derechos fundamentales es si frente a una acción afirmativa a favor de un determinado grupo es o no posible alegar la violación al principio de igualdad y no discriminación de parte de otra persona que no está dentro del grupo que es el destinatario de la acción afirmativa. Si la respuesta es negativa, la cuestión que plantean los jueces consultantes no tendría asidero jurídico. Si, por el contrario, la respuesta es afirmativa, la cuestión formulada demanda una respuesta de este Tribunal. Desde la perspectiva de la mayoría de esta Sala es factible que el legislador, siguiendo un fin constitucional legítimo, adopte una acción afirmativa a favor de un determinado grupo, lo que constituye una justificación objetiva y razonable; amén de observar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Ahora bien, qué pasa si el legislador olvida dar el mismo trato a otras personas que forman parte de otro grupo, que están en la misma situación de las personas del grupo beneficiado con la acción afirmativa. Ante esta problemática, el Tribunal debe ser muy cuidadoso, y le corresponde realizar un análisis caso a caso, con el fin de determinar si hay o no discriminación en contra de otras personas que forman parte de otros grupos excluidos.

En el caso concreto, esta mayoría estima que no es posible sostener que la acción afirmativa exceptúe al legislador de dar el mismo trato a la persona de otro grupo que está en la misma situación que las personas beneficiadas con la citada acción -varones en estado de vulnerabilidad social, discapacitados y sin antecedentes penales-.

Hoy en día hay intersubjetividad en la doctrina del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional de que se puede quebrantar el Derecho de la Constitución tanto por acción



como por omisión. A partir de este último supuesto, surge lo que se conoce en doctrina como el instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Se ha afirmado que se causa una inconstitucionalidad por omisión, cuando el legislador no dicta un acto normativo frente a un mandato expreso de la Constitución -omisión absoluta-; hay un silencio del legislador, se ha dicho. También puede ocurrir, que el Parlamento dicte el acto normativo, pero este no satisfaga la exigencia que está en la Carta Fundamental -omisión relativa-; hay un silencio en la ley, se ha expresado. Sobre la omisión relativa, también la doctrina ha planteado la tesis de que puede darse esta patología jurídica, cuando el legislador dicta una ley que beneficia a un determinado grupo, pero excluye a otros que están en situaciones similares. En este supuesto, el vicio de inconstitucionalidad no está en la norma expresa -la que beneficia a un determinado grupo o sector-, sino en la norma implícita, que excluye a los demás grupos que están en condiciones de igualdad al grupo beneficiado. Lo anterior significa, que el vicio de inconstitucionalidad está residenciado en la norma implícita excluyente, por lo que, según un sector de la doctrina, se debe declarar, no inconstitucional la norma que beneficia al grupo, sino la norma implícita que no da el mismo trato al grupo excluido y, por consiguiente, se debe extender el beneficio de la norma expresa al grupo o sector excluido que está en la misma situación. Esta forma de ver las cosas no es pacífica en la doctrina, pues hay quienes sostienen que el Tribunal Constitucional carece de esa competencia para extender el beneficio al grupo excluido, pues esa atribución es exclusiva y excluyente del legislador. Una posición ecléctica, sería aquella que se decanta por reconocerle al Tribunal Constitucional la competencia para dictar una sentencia exhortativa a la Asamblea Legislativa, con el fin de que corrija la violación a los principios de igualdad y no discriminación que ha creado al dictar una norma que beneficia a un determinado grupo, pero que excluyó a otro que está en la misma situación o similar (véase en este sentido el voto salvado de la magistrada Calzada Miranda y los magistrados Vargas Benavides y Jinesta Lobo en la sentencia n.º 2004-008763).

Como fácilmente se infiere, estamos frente a un tema de gran calado desde la óptica constitucional y, en especial, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, toda vez que el principio de igualdad y no discriminación es de gran relevancia constitucional. Para complicar aún más la cuestión, la consulta que nos plantea el órgano jurisdiccional atañe a la materia penal, en la que la Sala Constitucional, según su jurisprudencia, ha establecido



que el legislador goza de un amplio margen de libertad – una libre configuración- para tipificar o no una conducta como delictiva. A esta altura de la exposición, la pregunta que debemos responder es si en materia penal, en la que el legislador tiene un amplio margen de apreciación, cuando este otorga un beneficio a un determinado grupo resulta constitucionalmente válido que excluya a otros grupos que están en situaciones similares o iguales o, por el contrario, debe tomarlos en cuenta. Qué sucede cuando el legislador dicta una norma en materia penal que beneficia a las mujeres, pero excluye de dicho beneficio a los varones que están en situaciones iguales. Para dar respuesta a esta y otras interrogantes, es necesario partir de varias premisas esenciales. En primer lugar, si bien el legislador goza de un amplio margen de apreciación en materia penal, esa discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, ni mucho menos que no esté sujeta a límites. En primer lugar, solo es posible tipificar conductas que son socialmente dañinas, en otras palabras, el legislador no puede sancionar penalmente una conducta que favorece o que no le causa ningún perjuicio a la sociedad o a un tercero. En esta dirección, el artículo 28 constitucional expresa que las acciones que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley. En segundo lugar, a la hora de establecer el ilícito penal el legislador debe hacer una descripción detallada de la conducta; de ahí que estén prohibidos los tipos penales abiertos -principio de tipicidad-. Por otra parte, tiene que existir una proporcionalidad lógica, técnica y justa entre la conducta que se sanciona y la pena que se impone. Y, finalmente, el legislador debe respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales cuando ejerce la potestad de legislar; de ahí que no es constitucionalmente válido cuando, por acción o por omisión, se les lesiona, en este caso, el derecho a la igualdad y no discriminación.

(...)

De las anteriores normas convencionales es importante resaltar la obligación que ha asumido el Estado de Costa Rica ante la comunidad internacional y las personas con capacidades especiales, del derecho que tiene a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. Lo anterior significa, sin necesidad de mucho esfuerzo, que si el Estado de Costa Rica otorga un beneficio a un grupo determinado y las personas con capacidades especiales están en la misma situación, ese beneficio se



debe extender a estas últimas; de lo contrario el Estado de Costa Rica podría incurrir en responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos de estas personas. Como corolario, al estar ante un caso de una omisión que quebranta el principio de igualdad y no discriminación y, por ende, los derechos fundamentales de las personas con capacidades especiales a causa de los compromisos que el Estado de Costa Rica ha adquirido en el ámbito internacional, es menester declarar inconstitucional las normas implícitas excluyentes y extender el beneficio al grupo que fue excluido, por lo que los jueces quedan facultados, si así lo consideran, a aplicar las normas cuestionadas -las que otorgan el beneficio a las mujeres- al imputado.

EN SUMA: El Tribunal Penal de Heredia solicita mediante consulta judicial que se pronuncie sobre la constitucionalidad de los arts. 71 inciso g) y 72 del Código Penal. A juicio de los jueces consultantes las normas podrían tener roces de constitucionalidad con el art. 33 de la Constitución Política, esto por discriminación en razón del sexo. Manifiestan que las normas prevén un beneficio para las imputadas mujeres en estado de vulnerabilidad, del cual no gozan los hombres, aun estando en las mismas condiciones. Asimismo, indican que, en el caso concreto, el encartado podría estar en estado de vulnerabilidad, pues cuenta con una discapacidad física (síndrome de Klippel Feil), deficiencia física permanente que a la postre se ve agravada por el entorno económico y social. Agregan que el imputado es una persona con escasos recursos y no cuenta con antecedentes penales. Señalan que las normas consultadas no logran describir adecuadamente el sujeto acreedor de la pena y no es factible para ellos hacer distinción o excepción cuando la ley no lo hace. Alegan que esto hace imperativo analizar el caso a la luz de las disposiciones constitucionales y normas internacionales que rigen la materia.

**VER SENTENCIA COMPLETA EN:**

<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-1105423>



# DETENCION ILEGÍTIMA

Sentencia 12139-2021 del 27 de mayo de 2022

**PAÍS:** Costa Rica

**TRIBUNAL:** Sala Constitucional

**MATERIA:** Penal

**ENLACE:** <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-1093074>

**DERECHOS VINCULADOS (PALABRAS CLAVES):** Detención Ilegítima

## BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS

Extracto: “III.- EN RELACIÓN CON LAS FUNCIONES DE LOS CUERPOS POLICIALES. Por su importancia para este fallo, se transcribe parcialmente la resolución No. 2008-015773 de las 14:43 horas del 22 de octubre de 2008: “... III.- Sobre las funciones de los cuerpos de policial. De particular interés para la resolución del presente caso es preciso señalar que la labor de policía preventiva consiste en mantener el orden público y evitar la comisión de hechos delictivos, para cuya labor los funcionarios administrativos tienen un cierto margen de discrecionalidad la cual en modo puede ser absoluta en tanto debe atender al principio de proporcionalidad. La función de policía represiva tiene por objeto investigar los delitos, recoger las pruebas, descubrir e individualizar a los culpables, preparando la instrucción y auxiliando al juez y al Ministerio Público. Sobre el tema de la función policial en Costa Rica, mediante resolución número 2000-02868 de las ocho horas con treinta y nueve minutos del treinta y uno de marzo del dos mil, esta la Sala indicó: “(...) en un Estado democrático de derecho como el nuestro, hasta el ejercicio de una competencia constitucional tan importante como la señalada, requiere de un auto control y una disciplina de la autoridad, para no caer en tentaciones, incluso provocaciones, así como distracciones de los principios fundamentales por los que rigen las fuerzas de policía, que a la larga causan un daño social más importante que el que se pretende salvaguardar. En otras palabras, se hace clara alusión a la necesaria profesionalización de la Policía, la cual no solo está llamada a actuar con proporcionalidad en determinados acontecimientos, sino que también a discriminar situaciones que necesariamente impliquen “proteger las libertades ciudadanas, la dignidad de las personas y los derechos humanos” (numeral 10 inciso b) de la Ley General de



Policía), los cuales reconoce esta Sala, se constituyen -en momentos de graves vicisitudes sociales- en valores y estándares de suma fragilidad. Por ello, según se infiere del artículo 10 inciso d) de la ley citada, “En el cumplimiento de sus unciones, los miembros de las fuerzas de policía Número de resolución 12139 Fecha de resolución Veintisiete de mayo del dos mil veintidós Texto completo El enlace no se encuentra disponible BOLETÍN TRIMESTRAL DE JURISPRUDENCIA Despacho Acreditado con el Sello Documental FO-708-21/ Versión 1.1 Defensa Pública de Costa Rica...una garantía de acceso a la justicia. Volver al índice deberán respetar las siguientes normas: d) Emplear la fuerza solo cuando 21 sea estrictamente necesario y en la medida en que se requiera para el desempeño de sus funciones...”. Esta norma fundamental entroniza el principio de proporcionalidad con que se quiere que la policía actúe en un Estado de Derecho, como el nuestro”. IV.- SOBRE EL CASO CONCRETO. Después de analizar los elementos probatorios aportados, este Tribunal acredita una lesión de los derechos fundamentales del tutelado. De los informes rendidos por los representantes de las autoridades recurridas -que se tienen dados bajo juramento con las consecuencias, incluso penales, previstas en el artículo 44 de la Ley que rige esta Jurisdicción- y la prueba aportada para la resolución del asunto ha sido debidamente acreditado que, el tutelado figura como imputado en la causa penal 22-000304-1283-PE, se tramita en el Tribunal Penal de San José, sección Flagrancia, por el delito de robo simple con fuerza sobre las cosas. El 25 de abril de 2022, el tutelado fue detenido por la Fuerza Pública y trasladado a la Fiscalía de Flagrancia. Consta que, el 26 de abril de 2022 el Tribunal Penal de San José, sección Flagrancia señaló audiencia para el 13 de mayo de 2022. Asimismo, se constató que, el oficial xxx fue citado por la Fiscalía de Flagrancia del Primer Circuito Judicial de San José para el 12 de mayo de 2022 a las 8:30 horas a efectos de rendir una declaración en el proceso 22-000304-1283-PE; sin embargo, ese día se le indicó que no se tomaría su declaración pues el imputado no se presentó. A las 07:50 horas del 13 de mayo de 2022, oficiales de la Fuerza Pública que realizaban patrullaje reconocieron al señor xxxx por lo que consultaron sobre los pendientes del tutelado. Al efecto fueron informados que no existe orden de captura activa en contra del tutelado. Asimismo, al consultar al Tribunal de Flagrancia del Primer Circuito Judicial, se les indicó que el tutelado debe ser presentado a juicio a las 08:00 am por la causa 22-000304-1283. De igual manera, recibieron una llamada telefónica de la Fiscalía de



Flagrancia por parte de la técnica xxxx indicando que xxx debe ser presentado y esto también por indicación del juez xxxx, en la sala número 7 de juicio del primer circuito judicial de san José, por lo que el tutelado fue trasladado en la unidad 3367 en calidad de no aprehendido. Consecuentemente, el tutelado fue ingresado a la sala de juicio número 7 con esposas puestas de conformidad con el protocolo de seguridad. Durante la audiencia realizada se le removieron las esposas por orden de la autoridad judicial y se homologó un procedimiento especial abreviado. En aras de la protección del contenido esencial de la libertad personal, el artículo 37 de la Constitución Política señala los límites que pueden ser impuestos a esta libertad, estableciendo que: “Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se trate de reo prófugo o delincuente in fraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas”. Esta norma considera tres supuestos de garantía en relación con la detención de las personas, determinando que: a) solo se puede detener a una persona cuando contra ella exista, al menos, un indicio comprobado que ha participado en la comisión de un hecho BOLETÍN TRIMESTRAL DE JURISPRUDENCIA Despacho Acreditado con el Sello Documental FO-708-21/ Versión 1.1 Defensa Pública de Costa Rica...una garantía de acceso a la justicia. Volver al índice que constituye delito; b) que la orden sea dada por escrito por un juez 22 o autoridad encargada del orden público, a menos que se trate de un delincuente prófugo o detenido en flagrancia; y, c) que dentro de las veinticuatro horas, contadas a partir de la detención, se le ponga a la orden de Juez competente. En caso bajo examen, de los informes rendidos bajo juramento, así como, de la prueba agregada a los autos, no se desprende que haya existido una actuación formal de parte de la autoridad jurisdicción a efectos de justificar la detención del tutelado por parte de las autoridades de policía, por lo cual dicha actuación material no tendría el respaldo exigible por el ordinal 37 de la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Sala. Nótese que, las autoridades accionadas indicaron que no existía orden de captura en contra del tutelado, por lo que no era justificable su detención y traslado a los tribunales de justicia como en efecto se dispuso. Si bien al momento de la detención del tutelado, por parte de los oficiales de la Fuerza Pública, estos consultaron con las autoridades jurisdiccionales y fiscales respecto a la condición del tutelado, en relación con el proceso penal que se le sigue



por el delito de robo simple, estas indicaron que debía ser trasladado a la audiencia que estaba señalada para ese día, lo anterior pese a que no se contaba con una orden escrita para su detención. Si bien, el traslado del tutelado al despacho judicial fue una actuación de colaboración de parte de las autoridades policiales, esta carece de mérito al no encontrarse entre los supuestos legítimos para la detención personal, infringiéndose en el caso concreto, el derecho a la libertad personal del tutelado. En consecuencia, la detención que sufrió el amparado resulta contraria al derecho de la Constitución. Corolario de lo expuesto, lo procedente es declarar la estimatoria del presente proceso, únicamente para efectos indemnizatorios, al acreditarse que ya se homologó un procedimiento especial abreviado por parte de la autoridad jurisdiccional y de conformidad con lo indicado en la parte dispositiva de esta sentencia.”

EN SUMA: Por escrito recibido en esta Sala la parte recurrente interpone recurso de habeas corpus manifestando en síntesis que el tutelado sufrió una detención abusiva y arbitraria por parte de los oficiales de la Delegación recurrida, quienes sin mediar ningún tipo de orden judicial previa, lo detuvieron. Añade que toda esa situación se dio antes de una decisión judicial, es decir nunca se varió la fecha de la audiencia, tampoco se modificó la medida cautelar del imputado, ni se ordenó su rebeldía, captura o presentación, por lo que no se comprende como los oficiales recurridos privaron de libertad a su defendido, lo esposaron y lo ubicaron en la delegación policial sin una orden judicial, lo que estima no solo constituye una detención ilegítima sino un abuso de autoridad.

**VER SENTENCIA COMPLETA EN:**

<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-1093074>



**Ecuador**



# HABEAS CORPUS

## SALUD MENTAL – PRISION

JURISPRUDENCIA CASO No. 7-18-JH y acumulados/22

**Fecha de la resolución:** 27 de enero de 2022

**Tribunal:** Corte Constitucional del Ecuador

**Materia:** Constitucional. Mecanismo de selección y revisión: La Corte revisa cuatro causas.

**Enlace:** [http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic0ODIxMTYwMy1iOGM3LTRmNWQtOTQ4Mi04MWZiZTc4MmExOWUucGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic0ODIxMTYwMy1iOGM3LTRmNWQtOTQ4Mi04MWZiZTc4MmExOWUucGRmJ30=)

### Breve relación de los hechos

Caso No. 302-19-JH, Kevin Coronel (Patrocinado por la Defensoría Pública):

Aprehendido el 15 de agosto de 2019, por el presunto delito de secuestro en grado de tentativa, tipificado en el artículo 161 del Código Orgánico Integral Penal (COIP). El 16 de agosto de 2019 en la audiencia de flagrancia, el juez, dictó prisión preventiva y dispuso su traslado al Centro de Privación de Libertad.

La defensa de Kevin Coronel presentó solicitud de revocatoria de la prisión preventiva y mediante pedido de fiscalía con un informe médico se determina que el procesado padece de esquizofrenia y requiere tratamiento psiquiátrico. Sin embargo, el 25 de octubre de 2019, la jueza dispuso la realización de otro informe psicológico y social. Posteriormente, la defensa solicitó el traslado del procesado a un hospital psiquiátrico para precautelar su integridad.

El 19 de noviembre de 2019, la Defensoría Pública presenta acción de hábeas corpus, se alegó que la vida e integridad física de Kevin Coronel se encuentran en peligro, dada su condición de salud mental. La acción fue negada alegando que su enfermedad mental no fue justificada, sobre ello se interpone recurso de apelación, también fue negado.

El 07 de enero de 2020 se realiza la audiencia de revisión de medidas cautelares, fiscalía solicitó se declaré la inimputabilidad del acusado, lo que fue declarado por la jueza de la Unidad Judicial Penal. Finalmente, con fecha 13 de febrero de 2020 se dictó auto



sobreseimiento a favor de Kevin Coronel, sobre la medida de internamiento el hospital comunicó que no tenía capacidad de recibirlo.

#### Decisión y argumentos trascendentales

Decisión: Emite jurisprudencia vinculante (erga omnes), artículo 436.6 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE o Constitución) y el artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (En adelante, LOGJCC).

Declara que la privación de la libertad efectuada en los casos sujetos a revisión vulneró los derechos a la salud mental e integridad personal, en consecuencia se deja sin efecto las sentencias.

**Medida de reparación:** la sentencia dictada. Como medida de satisfacción: (i) Disculpas y (ii) Pago en equidad por parte del Consejo de la Judicatura.

Como garantía de no repetición.- 1. Que el Consejo de la Judicatura: (i) Difunda manuales, en relación a la detención de personas con enfermedades mentales; (ii) Realice capacitaciones a nivel nacional sobre el problema planteado en esta jurisprudencia; (iii) Difusión de la sentencia. 2. Que el SNAI, la Escuela de la Función Judicial y la Escuela de Fiscales, elaboración de guía integral con la colaboración de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Secretaria de Derechos Humanos y sociedad civil. 3. Exhortar a la Asamblea Nacional, a fin de que exista una reforma al COIP sobre el art. 36 y 76. 4. Que la defensoría del Pueblo, planifique y ejecute acciones de prevención contra la tortura y otros tratos o penas crueles.

#### Argumentos trascendentales:

Persona con enfermedad mental: El artículo 35 CRE: Grupos de atención prioritaria en los que se encuentran los privados de libertad y personas con enfermedades de alta complejidad.

El artículo 36 COIP: conceptualiza a quien sufre de trastorno mental y la categoría de inimputabilidad.

El Ministerio de Trabajo conjuntamente con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), reconocen a la esquizofrenia como un subcomponente de la discapacidad y que forma parte de las enfermedades catastróficas.



La Corte reconoce que las personas que padecen de esquizofrenia y son privados de libertad tienen condición de doble vulnerabilidad, por lo que se debe garantizar sus derechos.

Estadísticas respecto a enfermedades mentales: Es urgente abordar esta problemática desde el ámbito jurídico, ya que estas personas son invisibilizadas en el sistema penal, pese a que afectan a un gran porcentaje de la población carcelaria.

Derecho a la integridad personal de las personas privadas de la libertad que sufren enfermedad mental:

Artículo 66.3 CRE: a) Integridad física, psíquica, moral y sexual; b) vida libre de violencia y su prevención.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) artículo 5: Respeto a la integridad física, psíquica y moral.

Víctor Rosario Congo vs. Ecuador en Corte IDH se enuncia: la vulneración a la integridad física de agrava cuando existe una persona privada de libertad que padece de enfermedad mental.

Derecho a la salud de las personas con enfermedades mentales privadas de la libertad

Artículo 32 CRE: Derecho a la salud. Tiene cuatro elementos: calidad, accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad (Comité de los Derechos

El Estado es garante de las personas privadas de libertad, en consecuencia debe procurar a servicios de salud.

El procedimiento a seguir en caso de aprehensión o detención de una persona con enfermedad mental

Observar las recomendaciones de la OMS al momento de la detención: i) verificar si padece enfermedad grave o depende de medicamentos; ii) existe riesgo de lesión o suicidio; iii) si padece enfermedades de fácil transmisión; iv) si es una amenaza o es vulnerable; v) propenso a comportamientos violentos.

Según el COIP: i) La fiscalía, al solicitar la medida cautelar debe considerar el estado mental de la persona; ii) Disponer un peritaje (art. 588 COIP) en un tiempo proporcional y razonable; iii) no se puede disponer la privación de libertad de estas personas Centro de Detención Provisional o Centro de Rehabilitación Social.



## Análisis de las acciones de hábeas corpus

Sobre el hábeas corpus y las obligaciones de los jueces constitucionales que lo resuelven

Artículo 89 CRE: objeto del hábeas corpus: Recuperar la libertad de quien se encuentra privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima (...)

Artículo 43 LOGJCC: Proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos (...)

Desarrollo de la Corte: Cuando una persona está privada de la libertad de forma legal y legítima, hay violaciones por las condiciones de privación de libertad y lo que procede es reparar por esas violaciones. El juez en hábeas corpus debe analizar todo el proceso, no solo la detención. Una medida de privación de libertad que al inicio era constitucional, puede convertirse en ilegal, arbitraria o ilegítima o implementarse en condiciones que amenacen o violen los derechos a la vida o integridad de la persona.

Reglas de la Corte:

Todo detenido debe ser examinado por un médico y en caso de presentar una enfermedad mental no podrá ser privado de su libertad en los Centros destinados para ello. Se debe observar otras medidas cautelares.

Los jueces al conocer un hábeas corpus debe analizar el contexto del caso, si la persona privada de libertad presenta una enfermedad mental, estamos ante una privación ilegal y arbitraria.

Los jueces deben al dictar una medida de seguridad de internamiento psiquiátrico a una persona inimputable, deben analizar los exámenes que consten en el proceso. Se debe priorizar el tratamiento ambulatorio. En caso de medida de internamiento se debe dar un seguimiento y establecer tanto condiciones y tiempo.

## **VER SENTENCIA COMPLETA EN:**

[http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBIIdGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic0ODIxMTYwMy1iOGM3LTRmNWQtOTQ4Mi04MWZiZTc4MmExOWUucGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBIIdGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic0ODIxMTYwMy1iOGM3LTRmNWQtOTQ4Mi04MWZiZTc4MmExOWUucGRmJ30=)



## HABEAS CORPUS

### Vulneración de los derechos constitucionales a la salud y a la atención prioritaria de los derechos de las personas privadas de la libertad

JURISPRUDENCIA CASO No. 2622-17-EP/21

**Fecha de la resolución:** 10 de noviembre de 2021

**Tribunal:** Corte Constitucional del Ecuador

**Materia:** Constitucional Acción Extraordinaria de Protección sobre la garantía de Hábeas Corpus

**Enlace:**

[http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidiZDliYWVhMC0zY2NkLTRkN2YtOWJkYS04NzE5MDkyZTNhNDcucGRmJ30](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidiZDliYWVhMC0zY2NkLTRkN2YtOWJkYS04NzE5MDkyZTNhNDcucGRmJ30)

#### Breve relación de los hechos

Con fecha 26 de agosto de 2015, el señor Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez, fue trasladados al pabellón de máxima seguridad del Centro de Rehabilitación Social de Cotopaxi (CRSC) para cumplir con una medida personal de prisión preventiva.

Con fecha 10 de septiembre de 2015, se produce un amotinamiento de las personas privadas de la libertad en el pabellón de máxima seguridad. Un grupo de agentes penitenciarios ingresaron al pabellón y sacaron al señor Jorge Aníbal Imbaquingo de su celda. Entre los intentos de controlar el amotinamiento, al haber estado sometido en el suelo, un agente disparó con un cartucho de perdigones en la parte baja posterior de la espalda, produciéndole una herida con derrame sanguíneo, ante lo cual fue llevado al Policlínico del CRSC, donde le extrajeron ocho perdigones de su espalda, y fue devuelto a su celda. Durante 46 días recibió un tratamiento basado en la aplicación de pomadas, antibióticos, analgésicos y antiinflamatorios, después de ello no recibió atención médica por más de dos años.

El 22 de junio del 2017, se presenta acción de hábeas corpus, ante el cual Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, el 30 de junio del 2017, acepta parcialmente la garantía jurisdiccional, declarando vulnerados los derechos constitucionales a la salud y a la atención



prioritaria de los derechos de las personas privadas de la libertad y como medida de reparación ordenaron que el accionante “sea ingresado bajo resguardo policial al Hospital General Provincial de Latacunga, a fin de que sea evaluado, tratado y rehabilitado de manera integral en su salud por el tiempo que el o los facultativos así lo consideren, una vez dado de alta deberá ser remitido nuevamente al [CRSC]”.

Inconforme con esta decisión, el accionante interpuso recurso de apelación, el 31 de julio de 2017. La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Cotopaxi resolvió rechazar el recurso de apelación, dispuso medidas adicionales de reparación y confirmó la sentencia subida en grado.

Con fecha 29 de agosto de 2017, el Sr. Imbaquingo por medio de su defensor público presentó acción extraordinaria de protección en contra de las sentencias de primera y segunda instancia.

El 08 de enero de 2018, el Tribunal de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador admitió a trámite la acción. Por sorteo efectuado el 07 de febrero de 2018, la sustanciación de la causa correspondió a la ex jueza constitucional Pamela Martínez Loayza.

Con fecha 23 de noviembre de 2018, el señor Imbaquingo sufre una descompensación de salud y solicitó que se informe si las entidades accionadas dieron o no cumplimiento a las disposiciones dictadas en las sentencias emitidas en el marco del hábeas corpus y se modifiquen las medidas de reparación a fin de tutelar su salud.

El 14 de diciembre de 2018, se llevó a cabo una audiencia para revisar el cumplimiento de las medidas de reparación. El 07 de enero de 2019, el Tribunal de Garantías Penales dictó un auto en el que concluyó que el accionante no recibió atención médica integral, ni condiciones dignas para el cumplimiento de su condena.

Es así que el 18 de noviembre de 2020, el Pleno de la Corte Constitucional aprobó el tratamiento prioritario del caso.

El 25 de noviembre de 2020, la jueza constitucional sustanciadora avocó conocimiento de la causa, solicitó informe a los jueces del Tribunal de Garantías Penales y a los jueces de la Sala Provincial y convocó a una audiencia pública telemática que se llevó a cabo el 10 de diciembre de 2020, fecha en la cual comparecieron únicamente el accionante y su abogado patrocinador.



En providencia expedida el 15 de enero de 2021, la jueza constitucional, para mejor resolver, solicitó: (A) al Ministerio de Salud Pública la remisión de un informe debidamente documentado respecto del “a) historial médico en el que se indique el diagnóstico actual del accionante, b) el tratamiento médico que le haya proporcionado, c) las medicinas suministradas, y, d) un detalle de las visitas médicas y psicológicas realizadas al accionante y/o miembros de su entorno familiar” y (B) a la Defensoría del Pueblo la presentación de un informe detallado respecto de la situación actual de cumplimiento de las medidas de reparación.

Finalmente, con fecha 10 de noviembre de 2021 se emite la sentencia 2622-17-EP/21 en la que se acepta la acción extraordinaria de protección, presentada por el señor Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez.

#### Decisión y argumentos trascendentales

Aceptar la acción extraordinaria de protección.

Declarar que la sentencia dictada el 30 de junio de 2017 por el Tribunal de Garantías Penales vulneró los derechos constitucionales al plazo razonable (art. 8 CADH) y al debido proceso en la garantía de motivación (art. 76.7. I CRE) y que la sentencia dictada el 31 de julio de 2017 por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia Cotopaxi vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de motivación (art. 76. 7. I CRE).

Aceptar la acción de hábeas corpus y declarar que el cumplimiento de la medida cautelar personal de prisión preventiva del accionante en el Pabellón de Máxima seguridad fue ilegal y arbitraria.

Declarar que la falta de atención médica y omisión de respetar el principio de vida libre de violencia en el CRSC vulneró los derechos a la integridad personal (art. 66.3 CRE), a la salud (art. 32 CRE) y a la vida digna (art. 66. 2 CRE).

#### **VER SENTENCIA COMPLETA EN:**

[http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidiZDliYWVhMC0Zy2NkLTRkN2YtOWJkYS04NzE5MDkyZTNhNDcucGRmJ30](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidiZDliYWVhMC0Zy2NkLTRkN2YtOWJkYS04NzE5MDkyZTNhNDcucGRmJ30)



**México**



# ACCESO A LA JUSTICIA PERSONAS MIGRANTES

**País:** México

**Tribunal:** Juzgado Cuarto de Distrito en Chiapas

**Materia:** Administrativa (movilidad)

**Derechos involucrados:** Acceso efectivo a la justicia de personas migrantes

**Breve relación de los hechos:**

Se promovió un juicio de amparo contra el oficio INM/DGCVVM/2969/2021 del Instituto Nacional de Migración, en virtud de que le restringía el acceso a la Estación Migratoria Siglo XXI, en Chiapas y por tanto lo imposibilitaba para ofrecer y brindar servicios gratuitos de orientación, asesoría y representación legal de manera plena y permanente en favor de las personas migrantes que ahí se encontraban. La sentencia ordenó al director general de Control y Verificación Migratoria del INAMI autorizar el acceso del asesor a la Estación Migratoria Siglo XXI, con el objetivo de ofrecer y brindar los servicios de orientación, asesoría y representación legal de manera plena, gratuita y permanente a las personas migrantes alojadas en dicho lugar.

**Fundamentos de derecho:** Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Federal de Defensoría Pública y su Reglamento.

Enlace:

[http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=3998/3998000028825439032.pdf\\_1&sec=Mar%C3%ADa\\_Margarita\\_Dom%C3%ADnguez\\_V%C3%A1squez&svp=1](http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=3998/3998000028825439032.pdf_1&sec=Mar%C3%ADa_Margarita_Dom%C3%ADnguez_V%C3%A1squez&svp=1)

**Contexto social y económico del caso:** Personas en movilidad y sujetas a protección internacional

**Instancia procesal en la que se emite la sentencia:** Sentencia Juicio de Amparo Indirecto

**Instrumento y/o criterio internacional invocado:** Convención Americana Sobre Derechos Humanos





El oficio **\*\*\*\*\***, de ocho de septiembre de dos mil veintiuno, así como sus consecuencias.

**SEGUNDO.** Mediante proveído de siete de octubre de dos mil veintiuno, se registró la demanda con el número **462/2021** y se previno al promovente para que aclarara la demanda; por lo que, una vez que dio cumplimiento a lo anterior, **en auto de veintidós de octubre siguiente**, se admitió a trámite; se solicitó a las responsables sus respectivos informes justificados; se dio la intervención correspondiente al agente del Ministerio Público de la Federación adscrito; y se señaló día y hora para que tuviera verificativo la audiencia constitucional, la cual, previos diferimientos, tuvo verificativo al tenor del acta que antecede; y,

#### CONSIDERANDO

**PRIMERO. COMPETENCIA.** Este Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Chiapas, con residencia en Tapachula de Córdova y Ordóñez, Chiapas, es competente para conocer y resolver este juicio de amparo, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 107, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 35, 37 y 107, fracción V, de la Ley de Amparo; y 49 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con el Acuerdo General **32/2020** del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, de veinticinco de noviembre de dos mil veinte (relativo a la creación denominación e inicio de funciones del Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Chiapas, con sede en Tapachula, así como su competencia, jurisdicción territorial, domicilio, reglas de turno, sistema de recepción y distribución de asuntos entre los juzgados

MARIA MARGARITA DOMÍNGUEZ VÁSQUEZ  
110621142922



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

de Distrito en el Estado y residencia indicados), mismo que reforma el similar 3/2013<sup>1</sup> (relativo a la determinación del número y límites territoriales de los circuitos judiciales en que se divide la República Mexicana; y al número, a la jurisdicción territorial y especialización por materia de los tribunales de Circuito y de los Juzgados de Distrito); por tratarse de una demanda de amparo en materia administrativa promovida contra actos de autoridades que residen dentro de la circunscripción territorial en que se ejerce jurisdicción.

**SEGUNDO. FIJACIÓN DEL ACTO RECLAMADO.**

Antes de establecer lo relativo a la certeza de los actos de autoridad reclamados, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 74, fracción I, de la Ley de Amparo, es necesario precisar en qué consisten aquéllos, atendiendo a la integridad de la demanda, con la finalidad de una mejor impartición de justicia.

Al respecto se cita la tesis P. VI/2004, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 255 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIX, Abril de 2004, registro digital: 181810, Novena Época, del rubro y texto:

**“ACTOS RECLAMADOS. REGLAS PARA SU FIJACIÓN CLARA Y PRECISA EN LA SENTENCIA DE AMPARO. El artículo 77, fracción I, de la Ley de Amparo establece que las sentencias que se dicten en el juicio de garantías deberán contener la fijación clara y precisa de los actos reclamados, así como la apreciación de las pruebas conducentes para tenerlos o no por demostrados; asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que para lograr tal fijación debe acudirse a la lectura íntegra de la demanda sin atender a los calificativos que en su enunciación se hagan sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Sin embargo, en algunos casos ello resulta insuficiente, por lo que los juzgadores de amparo deberán armonizar, además, los datos que emanen del**

<sup>1</sup> Diario Oficial de la Federación de quince de febrero de dos mil trece.

MARIA MARGARITA PONCENZ VASQUEZ  
70.64.66.20.63.68.00.00.00.00.00.00.00.00.00.11.11.64  
11.09.21.14.39.12







tomo 181-186, Sexta Parte, página 15, del tenor literal siguiente:

**“ACTO RECLAMADO, EXISTENCIA DEL, AUNQUE LAS RESPONSABLES LO NIEGUEN, SI DE LA LECTURA DEL INFORME CON JUSTIFICACIÓN SE DESPRENDE SU CERTEZA.** Si las responsables niegan en sus informes con justificación la existencia de los actos reclamados, pero de la lectura de dichos informes se desprenden datos que desvirtúan tal negativa, aun cuando no existan pruebas a ese respecto, necesariamente deben tenerse como ciertos los actos reclamados, ya que procesalmente el reconocimiento que hacen las partes dentro de un juicio, surte efectos de confesión; en consecuencia, al equiparse las autoridades responsables a la parte demandada en el juicio constitucional, resulta lógico y jurídico concluir que el reconocimiento que hagan sobre algún punto de la litis que en sí los perjudique, surte efectos de una confesión, y por ende, dicho punto no está a debate y sí plenamente reconocido”.

#### **CUARTO. CAUSAS DE IMPROCEDENCIA.**

Previamente al estudio del fondo de la cuestión planteada, se deben analizar las causas de improcedencia que hagan valer las partes o aquéllas que se adviertan de oficio, por ser una cuestión de orden público y de estudio preferente en el juicio de amparo tal como lo establece el artículo 62<sup>2</sup>, de la Ley de Amparo.

La autoridad responsable **Director General de Control y Verificación Migratoria en el Instituto Nacional de Migración, con sede en la Ciudad de México**, sostiene que se actualiza la causa de improcedencia prevista en el artículo **61, fracción XII**, de la Ley de Amparo, pues la emisión del acto reclamado no implica un perjuicio a la esfera de la parte quejosa, por lo que, dice, carece de interés legítimo, la cual **se considera infundada** en atención a las consideraciones siguientes.

En efecto, se considera oportuno traer a cuenta el

<sup>2</sup> Artículo 62. Las causas de improcedencia se analizarán de oficio por el órgano jurisdiccional que conozca del juicio de amparo.

MARIA MARGARITA DOMÍNGUEZ VÁSQUEZ  
SECRETARÍA EJECUTIVA  
DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA  
DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

contenido del artículo 61, fracción XII, de la Ley de Amparo, que dice:

*“Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente:*

*...*

*XII. Contra actos que no afecten los intereses jurídicos o legítimos del quejoso, en los términos establecidos en la fracción I del artículo 5o. de la presente Ley, y contra normas generales que requieran de un acto de aplicación posterior al inicio de su vigencia.”*

Esta hipótesis legal deriva de lo prescrito por la fracción I del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>3</sup>, conforme a la cual el juicio de amparo es un medio de control constitucional de los actos de las autoridades que se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, esto es, por quien aduzca ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, principio que reglamenta el artículo 5, fracción I, de la Ley de Amparo, al prever, en lo conducente, que el juicio de amparo puede promoverse por la parte a quien afecte de manera directa o en virtud de su especial situación la norma, acto u omisión reclamados.

De lo expuesto, se obtiene que el juicio de amparo se seguirá a instancia de parte agraviada que aduzca:

-Ser titular de un derecho, o;

-Contar con un interés legítimo individual o colectivo.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

<sup>3</sup> Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. (...)

MARIA MARICRISTINA DOMÍNGUEZ YASCÚEZ  
TITULAR DEL SERVICIO DE DEFENSA PÚBLICA  
11/09/21 14:59:32



El primero de los supuestos consiste en demostrar:  
a) la existencia del derecho subjetivo que se dice vulnerado; y, b) que el acto de autoridad afecta ese derecho, de donde deriva el agravio correspondiente.

Por su parte, para probar el interés legítimo, deberá acreditarse que:

a) exista una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada;

b) el acto reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva; y,

c) el promovente pertenezca a esa colectividad. Lo anterior, porque si el interés legítimo supone una afectación jurídica al quejoso, éste debe demostrar su pertenencia al grupo que en específico sufrió o sufre el agravio que se aduce en la demanda de amparo.

En la inteligencia de que la ausencia de alguno de los elementos que los constituyen produce la improcedencia del medio de defensa intentado.

Al respecto, resulta ilustrativa la jurisprudencia 2a./J. 51/2019 (10a.), de la Décima Época, con número de registro 2019456, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Libro 64, Marzo de 2019, tomo II, página 1598, de rubro y texto:

***"INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS COMO REQUISITOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CONFORME AL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El citado***

MARÍA MARIBEL DOMÍNGUEZ ESCOBAR  
C. P. 1180271423632  
SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

precepto establece que el juicio de amparo indirecto se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, "teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo", con lo que atribuye consecuencias de derecho, desde el punto de vista de la legitimación del promovente, tanto al interés jurídico en sentido estricto, como al legítimo, pues en ambos supuestos a la persona que se ubique dentro de ellos se le otorga legitimación para instar la acción de amparo. En tal virtud, atento a la naturaleza del acto reclamado y a la de la autoridad que lo emite, el quejoso en el juicio de amparo debe acreditar fehacientemente el interés, jurídico o legítimo, que le asiste para ello y no inferirse con base en presunciones. Así, los elementos constitutivos del interés jurídico consisten en demostrar: a) la existencia del derecho subjetivo que se dice vulnerado; y, b) que el acto de autoridad afecta ese derecho, de donde deriva el agravio correspondiente. Por su parte, para probar el interés legítimo, deberá acreditarse que: a) exista una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada; b) el acto reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva; y, c) el promovente pertenezca a esa colectividad. Lo anterior, porque si el interés legítimo supone una afectación jurídica al quejoso, éste debe demostrar su pertenencia al grupo que en específico sufrió o sufre el agravio que se aduce en la demanda de amparo. Sobre el particular es dable indicar que los elementos constitutivos destacados son concurrentes, por tanto, basta la ausencia de alguno de ellos para que el medio de defensa intentado sea improcedente."

Bajo ese tenor, resulta relevante destacar que el acto reclamado consiste en el oficio \*\*\*\*\* , de ocho de septiembre de dos mil veintiuno, por el cual, el licenciado \*\*\*\*\* , Director General de Control y Verificación Migratoria en el Instituto Nacional de Migración, con sede en la Ciudad de México, le comunica al aquí quejoso, que en su carácter de asesor jurídico especializado en materia de atención a personas en movilidad y sujetas a protección internacional en el Estado de Chiapas, en esencia, que de acuerdo al artículo 70 de la Ley de Migración, las personas en contexto de migración tienen el derecho a ser asistidas y representadas legalmente por la persona que ellas designen, en cualquier momento, durante su procedimiento; por lo hasta en tanto la persona migrante en el ejercicio de su derecho a determinar y designar a su representante legal y éste

MARIA MARGARITA DOMINGUEZ VILCOTEZ  
7056 66 20 63 64 65 00 00 00 00 00 00 00 00 23 64  
11/09/21 14:59:22





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

las personas menos favorecidas o que tienen nulo acceso a los servicios y al ejercicio de sus derechos, **en este caso, a las personas migrantes**, es que se crea la figura de los **asesores jurídicos especializados en la atención a personas en movilidad y sujetas a protección internacional**, encargados de procurar la protección o realización de los derechos humanos, libertades fundamentales y garantías individuales en los planos nacional o internacional, en favor de las personas en movilidad, ya sea de forma colectiva o individual; garantizando el debido proceso y acceso a la justicia.

Bajo ese aspecto, existe la determinación de la ley para ejercer facultades, derecho que norma su función y obligación constitucional que señala el artículo 1º Constitucional, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, resultando de la Constitución su derecho, y además, la obligación del quejoso en su calidad de defensor de los derechos humanos, de velar por los derechos de manera más amplia, contribuyendo al fortalecimiento de la democracia, justicia y Estado de Derecho, complementando y/o vigilando la obligación de todas las autoridades de respetar lo previsto en la Constitución y legislación internacional en materia de derechos humanos.

Ahora, este juzgador de amparo estima razonables los planteamientos del quejoso y jurídicamente aceptables para hacer procedente la acción que en esta vía se intenta.

Lo anterior es así, si se considera que en el juicio

MARIA MARGARITA DOMINGUEZ VASQUEZ  
7063296 30 63 63 63 00 00 00 00 00 00 00 00 23 64  
11/09/21 14:39:32



de amparo indirecto el estudio del interés legítimo respecto de personas morales oficiales que reclaman actos vinculados con su función pública debe realizarse caso por caso, ya que existen supuestos en los que la afectación en su esfera de derechos deviene de su específica posición en el orden jurídico, particularmente cuando su encomienda oficial gire en torno a la tutela de los derechos fundamentales.

Por ello, es razonable considerar que \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* , en su carácter de asesor jurídico del Instituto Federal de Defensoría Pública, que es un órgano auxiliar dependiente del Consejo de la Judicatura Federal, que tiene como objeto principal, la defensa y promoción de los derechos humanos de las personas, a través de los diferentes asesores jurídicos especializados para garantizar el acceso efectivo a la justicia, sí tiene interés para acudir al juicio de amparo y, en consecuencia, resulta procedente la demanda de amparo que promueve.

Lo anterior, porque la labor del Instituto Federal de Defensoría Pública, órgano auxiliar dependiente del Consejo de la Judicatura Federal, que tiene como objeto principal, la defensa y promoción de los derechos humanos de las personas, a través de los diferentes asesores jurídicos especializados para garantizar el acceso efectivo a la justicia, por lo tanto debe procurar, mediante estrategias y procedimientos legales, como indefectiblemente lo es el juicio de amparo, pues ello permite que las personas migrantes sean defendidas y asesoradas de manera profesional y gratuita por el propio Instituto.

MARIA MARGARITA DOMÍNGUEZ VÁSQUEZ  
11/09/21 14:39:32



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

Precisado lo anterior, debe decirse que, contrario a lo expuesto por la autoridad responsable, el acto reclamado **sí afecta en forma directa la esfera jurídica del aquí quejoso**, generando que tenga el interés legítimo necesario para instar la acción constitucional, ya que, la emisión del acto impugnado restringe la **prestación de forma gratuita** de sus servicios de defensoría pública, de orientación, asesoría y representación legal en favor de uno de los grupos vulnerables como son las personas migrantes que se encuentran alojadas en la Estación Migratoria Siglo XXI, en esta ciudad.

Y es que el interés legítimo se define como aquel interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, **profesional**, de salud pública, o de cualquier otra.

Por tanto, lo conducente es **desestimar** la causa de improcedencia que se hace valer, ya que contrariamente a lo que afirma la responsable, el quejoso tiene la titularidad de un derecho que se ve limitado y restringido en su uso con motivo del acto de autoridad que emitió la citada autoridad dependiente del **Instituto Nacional de Migración**.

Sustenta lo anterior la jurisprudencia 1a./J. 38/2016 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 33, Agosto de 2016,

MARIA MARGARITA PONCE DE LEÓN  
 11/09/21 14:39:23



Tomo II, página 690, Registro digital: 2012364, Décima  
Época, Materias(s): Común, del tenor literal siguiente:

**“INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE.** La reforma al artículo 107 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, además de que sustituyó el concepto de interés jurídico por el de interés legítimo, abrió las posibilidades para acudir al juicio de amparo. No obstante lo anterior, dicha reforma no puede traducirse en una apertura absoluta para que por cualquier motivo se acuda al juicio de amparo, ya que el Constituyente Permanente introdujo un concepto jurídico mediante el cual se exige al quejoso que demuestre algo más que un interés simple o jurídicamente irrelevante, entendido éste como el que puede tener cualquier persona por alguna acción u omisión del Estado pero que, en caso de satisfacerse, no se traducirá en un beneficio personal para el interesado, pues no supone afectación a su esfera jurídica en algún sentido. En cambio, el interés legítimo se define como aquel interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra. Consecuentemente, cuando el quejoso acredita únicamente el interés simple, mas no el legítimo, se actualiza la causal de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con el numeral 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

Luego, al no existir diversa causa de improcedencia formulada por las autoridades responsables, y tampoco, que este Juzgado de Distrito advierta la actualización de alguna otra, se procede al estudio del fondo del asunto, al tenor de los conceptos de violación.

**QUINTO. ESTUDIO DE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN.** No se transcriben los conceptos de violación formulados por la peticionaria de amparo, por no ser un requisito exigido por el artículo 76 de la Ley de Amparo.

Es aplicable al respecto, la jurisprudencia **2ª./J. 58/2010**, definida por la Segunda Sala de la Suprema

MARÍA MARGARITA DOMÍNGUEZ VÁSQUEZ  
09/06/96 30/61/64/66/00/00/00/00/00/00/01/21/64  
11/09/21 14/09/21





-Que el acto reclamado vulnera lo dispuesto por los artículos 1° y 17 Constitucionales, en relación con los derechos de defensa de los derechos humanos, contenidos en los numerales 1, 2, 6, 9 y 11 de la Declaración sobre el derecho y deber de los individuos, grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, por lo que la autoridad responsable, debió realizar una interpretación armónica de dichos numerales, favoreciendo con la protección más amplia e inaplicando la norma que lesiona derechos humanos y fundamentales.

-Que resulta incorrecto el método de interpretación y valoración que realiza la responsable, sobre la función que desempeña el quejoso en su calidad de defensor de los derechos humanos, pues tiene la encomienda de procurar y difundir la protección de los tales derechos humanos, libertades fundamentales y garantías individuales en los planos nacional e internacional, garantizando el debido proceso y acceso a la justicia, de ahí que no existe una limitante para asegurar y vigilar que las personas conozcan de manera permanente y no limitativa los derechos que les asisten; por tanto, dice, el argumento de la autoridad no tiene sustento legal alguno.

-Que no debieron aplicarse las reglas previstas en los artículos 34 y 35 del Acuerdo por el que se emiten las Normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración, que regulan el acceso de las organizaciones de la sociedad civil, ya que no se ubica las hipótesis previstas en dichos numerales, ya que el Instituto al que pertenece, tiene potestad oficiosa

MARIA MARGARITA DOMÍNGUEZ VÁSQUEZ  
 704468 20 61 64 66 00 00 00 00 00 00 00 00 23 54  
 11 09 21 14 36 32



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

conforme a la Ley Federal de Defensoría Pública y Bases de Organización y Funcionamiento, de promover y asegurar los derechos de las personas como un organismo público protector de los derechos humanos.

Resulta sustancialmente **fundada** la porción de los motivos de inconformidad formulados por el quejoso, en el que expone que la autoridad responsable no debió aplicarle las reglas previstas en los artículos 34 y 35 del Acuerdo por el que se emiten las Normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración, pues los mismos regulan el acceso de las organizaciones de la sociedad civil, hipótesis en la cual – dice- no se ubica, ya que el Instituto al que pertenece tiene potestad oficiosa conforme a la Ley Federal de Defensoría Pública y Bases de Organización y Funcionamiento, **de promover y asegurar los derechos de las personas como un organismo público protector de los derechos humanos.**

En efecto, es pertinente reiterar que en el presente caso el acto reclamado consiste en el oficio **\*\*\*\*\*** de ocho de septiembre de dos mil veintiuno, suscrito por el Director General de Control y Verificación Migratoria del Instituto Nacional de Migración, con sede en Ciudad de México, así como sus consecuencias.

Para mayor ilustración, a continuación se transcribe el contenido de dicho comunicado:

**"SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN  
INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN  
DIRECCIÓN GENERAL DE CONTROL Y  
VERIFICACIÓN MIGRATORIA**

MARIA MARGARITA DOMÍNGUEZ VÁSQUEZ  
70/54.66.20/61.64.66/01/001/001/000/000/000/01.13/64  
11/09/21/14:36:32



OFICIO No. INM/DGCVVM/2969/2021

Asunto: *Respuesta a la solicitud de ingreso a la Estación Migratoria Siglo "XXI", en Tapachula, Chiapas.*

Cd. de México, a 8 de septiembre de 2021.

Lcdo. \*\*\*\*\*  
Asesor Jurídico Especializado en Personas  
en Movilidad y Sujetos a Protección  
Internacional en Tapachula, Chiapas.

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

Presente

Hago referencia a su escrito del veintisiete de agosto de dos mil veintiuno, recibido vía correo electrónico en la Dirección de Estaciones Migratorias, en misma fecha, mediante el cual, refiere el similar INM/DCGVM/2496/2021 suscrito por esta Dirección General por medio del que se le solicita, haga llegar su propuesta de los días y horarios, a efecto de que sea contemplado dentro del programa de actividades de la Estación Migratoria "Siglo XXI" en Tapachula, Chiapas, así como copia de las identificaciones oficiales vigentes de los servidores públicos que requiere su ingreso, con las que se acredite que pertenecen al Instituto Federal de Defensoría Pública, facultades para brindar asesorías. Además, menciona que como defensores de derechos humanos tiene la potestad de representar o asistir, de manera permanente, a los extranjeros que se encuentran en la estación, por lo que considera necesario dejar abierta la autorización para acceder los 365 días del año.

En ese sentido, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 70 de la Ley de Migración, las personas en contexto de migración tienen el derecho a ser asistidas y representadas legalmente por la persona que ellas designen, en cualquier momento durante su procedimiento, para lo cual se deberá proceder conforme a lo previsto por el artículo 229 del Reglamento de la ley de Migración.

**En consecuencia, hasta en tanto la persona migrante en el ejercicio de su derecho a determinar y designar a su representante legal y éste sea ratificado, se tendrá por acreditado y podrá visitar a su representado en términos de lo que establece el párrafo tercero del artículo 228 del Reglamento de la Ley de Migración y el artículo 34 del Acuerdo por el que se emiten las Normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración. Lo anterior, atendiendo al respecto de sus derechos y la procuración de su seguridad y la de sus datos personales.**

No pasa inadvertido para esta autoridad migratoria, la atribución que tiene ese Instituto de Defensoría Federal a vigilar los derechos humanos –únicamente- de sus representados, sin embargo, en el asunto que nos ocupa, no demuestra representar a algún extranjero alojado en la estación migratoria a la cual solicita

MARIA MARTA DOMINGUEZ VASQUEZ  
79 63 96 20 63 64 68 00 00 00 00 00 00 00 00 00 11 25 64  
11 09 23 14 39 32





Migración y los numerales 34 y 35 del Acuerdo por el que se emiten las Normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estaciones Provisionales del citado Instituto.

Luego, los preceptos en que se apoyó la autoridad responsable para restringir el acceso del quejoso a la Estación Migratoria Siglo XXI, en esta ciudad, mismos que regulan el acceso de las asociaciones religiosas y organizaciones de la sociedad civil, establecen:

**“Artículo 34.- Para ingresar a las Estaciones Migratorias o a las Estancias Provisionales los integrantes de las asociaciones religiosas y de las organizaciones de la sociedad civil deberán estar inscritos en el Directorio de Ingreso Autorizado a Estaciones Migratorias y Estancias Provisionales.**

*La solicitud de inscripción deberá presentarse ante la Dirección General o ante el Responsable correspondiente. En este caso, el Responsable deberá remitir la solicitud a la Dirección General en un término no mayor a veinticuatro horas contadas a partir de su recepción.*

*Es requisito para la inscripción presentar los siguientes documentos:*

*I. Para asociaciones religiosas:*

*a) Petición formulada en escrito libre suscrito por el representante legal de la asociación religiosa, en la que se señalen los nombres completos, domicilio, nacionalidad y copia simple de identificación oficial vigente de las personas que ingresarán a la Estación Migratoria o a la Estancia Provisional;*

*b) La calendarización y descripción de las actividades que se pretenda realizar en las Estaciones Migratorias o en las Estancias Provisionales, las cuales deberán de ser congruentes con el objeto señalado en sus estatutos, y*

*c) Copia simple del certificado de registro constitutivo como asociación religiosa y dictamen respectivo.*

*II. Para organizaciones de la sociedad civil:*

*a) Petición formulada en escrito libre suscrito por el representante legal del organismo, en la que se señalen los nombres completos, domicilio, nacionalidad y copia simple de identificación oficial vigente de las personas que ingresarán a la Estación Migratoria o a la Estancia Provisional;*

*b) En caso de que las personas a que se refiere el inciso anterior sean extranjeras, se deberá exhibir además, copia simple del documento con el que acrediten su situación migratoria en el país;*

*c) La calendarización y descripción de las actividades que se pretenda realizar en las Estaciones Migratorias o en las Estancias Provisionales, las cuales deberán de ser congruentes con el objeto señalado en su acta constitutiva;*

MARIA MARGARITA DOMINICENY VASQUEZ  
FISCALIA DE LA CIUDAD DE GUAYAMA  
TEL: 999-999-9999







PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, Tomo 2, octubre de 2012, página 799, que dice:

**“PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.-**

*De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano”.*

MARIA MARGARITA DOMÍNGUEZ VÁSQUEZ  
11092143923

Del mismo modo, la tesis 1a. XXVI/2012 (10a.), y jurisprudencia 1a./J. 37/2017, ambas de la Primera Sala del Máximo Tribunal de Justicia en México, de títulos siguientes:

**“PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL.”**

**“INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA.”**



Cualquier tribunal jurisdiccional del Estado Mexicano no debe limitarse a aplicar sólo las normativas locales, o federales, sino que queda también compelido a aplicar la Constitución, circunstancia la anterior que lo obliga a ejercer un control de constitucionalidad para verificar si entre las normas de derecho tanto locales como federales y las contempladas en la Constitución Federal Mexicana existe compatibilidad.

En efecto, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales del Estado mexicano, dentro de sus respectivas competencias realizar una interpretación de las normas a la luz de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y siempre con la regla interpretativa del principio pro persona.

En la inteligencia que dicho control constitucional debe ejercerse por conducto de los jueces quienes tienen competencia para inaplicar alguna disposición de derecho local o federal y aplicar la norma que brinde mayor amplitud, mediante un examen de confrontación normativo en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo de con mayor amplitud el cúmulo de derechos inherentes a la persona.

Cobra aplicación, la jurisprudencia 1a./J. 18/2012, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 420, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro y texto siguiente:

***“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011).*** Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos

MARIA MARGARITA DOMÍNGUEZ VÁSQUEZ  
70.8468.20.61.64.6600.00.00.00.00.00.00.00.13.84  
11/09/21 14:39:32



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

*Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1º constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.”*

**En ese tenor, se concluye que este órgano jurisdiccional se encuentra legalmente vinculado a ejercer de oficio (ex officio) el control de constitucionalidad, lo cual implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, la Constitución Política Mexicana.**

**En la especie,** el Director General de control y Verificación Migratoria responsable, en su informe justificado, manifiesta básicamente, en forma general, que para que se pueda permitir el acceso a determinados grupos o personas a las estaciones migratorias, se debe cumplir con los requisitos legales, entre ellos, los establecidos en los artículos 34 y 35 antes transcritos; y que además, no se visualiza que esté contemplado el ingreso del Instituto Federal de

MARIA MARGARITA DOMÍNGUEZ Y ASOQUEZ  
70/54.66.20.63.64.66/00/00/00/00/00/00/00/00/01.13.64  
11/09/21 14:39:32



Defensoría Pública, a las Estaciones Migratorias del Instituto Nacional de Migración.

Como quedó inserto anteriormente, los preceptos indicados, contemplan los requisitos para ingresar a las Estancias Migratorias y Estancias Provisionales del Instituto Nacional de Migración, a las agrupaciones religiosas y las organizaciones de la sociedad civil, **respecto de las cuales, constituye un hecho notorio que no se ubica el Instituto Federal de Defensoría Pública, al pertenece el aquí quejoso, pues éste es un órgano auxiliar dependiente del Consejo de la Judicatura Federal.**

Por otra parte, cabe destacar el contenido de los artículos 1, 3 y 4 de la Ley Federal de Defensoría Pública, los cuales establecen:

*“Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto regular la prestación del servicio de defensoría pública en asuntos del fuero federal, a fin de garantizar el derecho a la defensa en materia penal y laboral y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en los términos que la misma establece.”*

*“Artículo 3. Para la prestación de los servicios de defensoría pública, se crea el Instituto Federal de Defensoría Pública, como órgano del Poder Judicial de la Federación. En el desempeño de sus funciones gozará de independencia técnica y operativa.”*

*“Artículo 4. Los servicios de defensoría pública se prestarán a través de:*

*I. Defensores públicos, en los asuntos del orden penal federal y del Sistema de Justicia Penal Integral para Adolescentes, desde la averiguación previa o investigación hasta la ejecución de las penas, medidas u otra consecuencia, hasta la extinción de éstas, y*

*II. Asesores jurídicos, en asuntos de orden no penal, salvo los expresamente otorgados por la Ley a otras instituciones.”*

*“Artículo 6. Los defensores públicos y asesores jurídicos están obligados a:*

*I. Prestar personalmente el servicio de orientación, asesoría y representación a las personas que lo soliciten en los*

MARIA MARGARITA DOMÍNGUEZ VÁSQUEZ  
70.64.68.20.63.64.68.00.00.00.00.00.00.00.01.13.64  
11/09/21 14:39:32



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

términos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta Ley y las demás disposiciones aplicables;

II. Representar y ejercer ante las autoridades competentes los intereses y los derechos jurídicos de los defendidos o asistidos, a cuyo efecto harán valer acciones, opondrán excepciones o defensas, interpondrán incidentes o recursos y realizarán cualquier otro trámite o gestión que proceda conforme a Derecho que resulte en una eficaz defensa;

III. Evitar en todo momento la indefensión de sus representados;

IV. Vigilar el respeto a los derechos humanos y sus garantías de sus representados; así como promover el juicio de amparo respectivo o cualquier otro medio legal de defensa, cuando aquellos se estimen violentados;

V. Llevar un registro y formar un expediente de control de todos los procedimientos o asuntos en que intervengan, desde que se les turnen hasta que termine su intervención;

VI. Atender con cortesía a los usuarios y prestar sus servicios con diligencia, responsabilidad e iniciativa, y

VII. Las demás que se deriven de la naturaleza de sus funciones y de las disposiciones legales aplicables."

Tales dispositivos legales establecen las facultades del Instituto Federal de Defensoría Pública para la prestación de los servicios de defensoría pública, **respecto a la orientación, asesoría y representación para la defensa de las personas que lo soliciten** en los términos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esa ley y las demás disposiciones aplicables.

De dichas disposiciones deriva que el promovente tiene la facultad legal de brindar el servicio de defensoría pública, en tanto como funcionario de ese organismo federal tiene entre sus atribuciones la de prestar dicho servicio como defensor o como asesor jurídico de las personas que le requieran dicha asistencia; adicionalmente, con esas calidades tiene legalmente la representación del defendido o del asistido respecto del cual es designado para brindar tal servicio público.

MARIA MARGARITA DOMÍNGUEZ VÁSQUEZ  
70 64 66 20 63 64 66 00 00 00 00 00 00 00 00 00 24 64  
11 09 21 14 39 32



Ahora bien, cada Estado, a través de sus instituciones, tiene el **deber de garantizar y proteger los derechos humanos de todas las personas**, entre ellas las personas vulnerables, en específico los migrantes, que tienen acceso limitado o nulo a información de sus derechos y defensas, por lo que necesitan entre otros derechos, **la protección jurídica**.

Así, existen en cada país y a nivel internacional distintas instituciones y áreas a las que se puede contactar para solicitar ayuda o reclamar ante la violación de un derecho. Algunos organismos que pueden brindar ayuda e información son entre otras, las áreas de acceso a la justicia, defensores y abogados (Ministerio Público, juzgados, defensores públicos especializados en asuntos migratorios). □

Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esa condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales).

Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la

MARIA MARGARITA DOMÍNGUEZ VÁSQUEZ  
70648 56 30 63 64 68 00 00 00 00 00 00 00 00 00 23 64  
110923143932





En virtud de todo lo anterior, **la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de los migrantes.**

Ahora, en el caso que nos ocupa, quedó demostrado en el presente juicio, que el quejoso fue designado como **asesor jurídico especializado en materia de atención a personas en movilidad y sujetas a protección internacional en el Estado de Chiapas**, específicamente en Tapachula, por el Titular del Instituto Federal de Defensoría Pública, y como se dijo con antelación, es un hecho notorio y conocido para este juzgador que dicho instituto es un órgano auxiliar dependiente del Consejo de la Judicatura Federal, que tiene como objeto principal, la defensa y promoción de los derechos humanos de las personas, a través de los diferentes asesores jurídicos especializados para garantizar el acceso efectivo a la justicia.

Además, como bien lo aduce el profesionalista del derecho aquí quejoso, en la exposición de motivos de la Ley Federal de Defensoría Pública, **se planteó que la defensa legal de los derechos humanos, se dirigiera primordialmente a personas de bajos recursos (grupos vulnerables, como el de migrantes)** y que tuvieran nulo acceso a la posibilidad de contratar un Licenciado en Derecho que hiciera efectivos sus derechos, con la finalidad de fortalecer nuestro sistema democrático.

Y por otra parte, expresa también el peticionario de amparo, que las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública, señalan que el servicio de defensoría pública,

MARÍA MARGARITA DOMÍNGUEZ VÁSQUEZ  
706486 30616486000000000000000000 2364  
110923143923



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

se prestará preferentemente a personas en condiciones frágiles que disminuyan o anulen fundamentalmente su posibilidad de acceder a la justicia, y por consecuente, requieran asistencia y representación legal, ello en aras de tutelar y maximizar los derechos humanos de acceso a la justicia y defensa adecuada de las personas menos favorecidas o que tienen nulo acceso a los servicios y al ejercicio de sus derechos, en este caso, **a las personas migrantes**, es que se crea la figura de los asesores jurídicos especializados en la atención a personas en movilidad y sujetas a protección internacional, encargados de procurar la protección o realización de los derechos humanos, libertades fundamentales y garantías individuales en los planos nacional o internacional, en favor de las personas en movilidad, ya sea de forma colectiva o individual; garantizando así el debido proceso y acceso a la justicia, que constituye un derecho humano fundamental, reconocido tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en la legislación internacional en materia de derechos humanos.

En tales condiciones, si el aquí quejoso en su carácter de Asesor Jurídico Federal Especializado en Atención a Personas en Movilidad y Sujetas a Protección Internacional del Instituto Federal de Defensoría Pública, reclama de la autoridad migratoria responsable la resolución contenida en el oficio número \*\*\*\*\* , de ocho de septiembre de dos mil veintiuno, en el que de alguna manera **le restringe el acceso a la Estación Migratoria Siglo XXI, en esta ciudad**, para ofrecer y brindar los servicios de orientación, asesoría y representación legal de manera plena y permanente en favor de las personas migrantes

MARIA MARGARITA DOMINGUEZ VASQUEZ  
70 64 66 30 64 66 00 00 00 00 00 00 00 00 00 00 13 64  
11 09 21 14 39 32



que se encuentran alojadas, tal acto repercute en la esfera jurídica del quejoso, al impedirle ingresar a ese lugar para poder ofrecer la asesoría legal que tiene encomendada, a los migrantes que la requieran, de manera que evidentemente se afecta su derecho a desarrollar el trabajo profesional que tiene asignado.

Establecido lo anterior, debe decirse que no obstante de estar previsto por la ley que se debe de cumplir con ciertos requisitos para ingresar a una Estación Migratoria, como en el caso que nos ocupa, no debe soslayarse que se encuentra en tela de consideración **el acceso a la justicia y la defensa adecuada de un grupo vulnerable como son los migrantes.**

De ahí que si los artículos 34 y 35 del Acuerdo por el que se emiten las Normas para el funcionamiento de las Estaciones Migratorias y Estaciones Provisionales del Instituto Nacional de Migración, establecen los requisitos para ingresar a una estación migratoria, entre los que se destacan, que una vez que se cumpla con lo establecido en dichos preceptos legales, se dará acceso en las fechas y horarios autorizados y que tendrá una vigencia de un año, contado a partir de la fecha de autorización, ello afecta que el aquí quejoso, como defensor de los derechos humanos, pueda ingresar a dicho lugar a promover y proteger de manera plena, efectiva y permanente tales derechos de las personas migrantes alojadas en la Estación Migratoria Siglo XXI, en esta ciudad, debe decirse que **dichas porciones legales, deben desestimarse en aras de un mayor beneficio hacia el interesado.**

MARIA MARGARITA TORRES  
110927143032











PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA B-1

2). Emita otro, en el que acuerde de conformidad la petición del aquí quejoso, en su carácter de asesor jurídico especializado en materia de atención a personas en movilidad y sujetas a protección internacional en el Estado de Chiapas, en el sentido de que autorice su acceso a la Estación Migratoria Siglo XXI, en esta ciudad, a fin de dar ofrecer y brindar los servicios de orientación, asesoría y representación legal de manera plena, gratuita y permanente a las personas migrantes alojados en dicho lugar, durante los días y el tiempo que estime necesario, con las salvedades en tiempo de contingencia que implique riesgo para la seguridad de los visitantes.

Concesión que se hace extensiva a los actos de ejecución reclamados al **Titular de la Oficina de Representación del Instituto Nacional de Migración en Chiapas y Director de la Estación Migratoria Siglo XXI, ambos en esta ciudad**, que como consecuencia se reclaman, con apoyo, en la tesis VI.2o. J/338, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, número 83, noviembre de 1994, página 69, registro 209878, cuyo rubro y texto son:

**“AUTORIDADES EJECUTORAS, ACTOS DE. NO RECLAMADOS POR VICIOS PROPIOS.** Si la sentencia de amparo, considera violatoria de garantías una resolución, igual declaración debe hacerse respecto de los actos de autoridad que pretendan ejecutarla, si no se reclaman, especialmente, vicios de tal ejecución”.

Finalmente, debe decirse que la aplicación de las tesis citadas en el presente fallo, se hace sin desconocer lo que establece el artículo sexto transitorio del Decreto de la Ley de Amparo publicado en el Diario Oficial de la Federación el dos de abril de dos mil trece, en el sentido

MARIA MARGARITA DOMINGUEZ VAQUITEZ  
 C. P. 1110921 143925









# AMPARO EN REVISION

## DURACION PRISION PREVENTIVA OFICIOSA

**PAÍS:** México

**TRIBUNAL:** Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

**MATERIA:** Constitucional y Penal

**DERECHOS VINCULADOS (PALABRAS CLAVES):** Libertad, Garantías Judiciales, Debido Proceso

**ENLACE:** [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2022-01/AR-315-2021-17012022.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2022-01/AR-315-2021-17012022.pdf)

### BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS

Valente fue detenido por elementos de la Secretaría de Seguridad Ciudadana de la Ciudad de México, al ser señalado por una persona como posible partícipe del delito de secuestro exprés (pena de 40 a 80 años de prisión), con la finalidad de cometer robo. Desde ese momento, él ha negado su participación en los hechos que se le imputaban. Tuvieron que transcurrir 10 audiencias para que se determinara el cambio de fuero del local, al federal; esto debido a que el delito se había cometido en contra de un servidor público federal y el vehículo utilizado en la comisión del mismo, era propiedad de LICONSA. Con dicho cambio de fuero, la Defensoría Pública Federal tomó la representación de Valente.

Ante diversas prórrogas en la investigación solicitadas por el Ministerio Público, y a más de dos años sin que se le dictara una sentencia, el IFDP solicitó audiencia para debatir el cese y sustitución de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, por haberse excedido el plazo que marca la Constitución Federal.

Sin embargo, la Jueza de Control negó el cese de la medida cautelar. El IFDP recurrió dicha determinación, conociendo un Tribunal Unitario en Materia Penal, quien confirmó la decisión de la Jueza.

Inconformes con el criterio sostenido por los órganos jurisdiccionales que conocieron, el IFDP promovió demanda de amparo indirecto, en donde se argumentó que el razonamiento



sostenido impedía en este y muchos casos, que las personas que se encuentran en un procedimiento por ciertos delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, puedan hacer valer la garantía antes mencionada, pues con el supuesto régimen de excepción se ha justificado que la prisión preventiva se prolongue por más tiempo que el establecido en la Constitución Federal.

Ante la necesidad de una interpretación del texto constitucional y el análisis de la figura de la medida excepcional de la prisión preventiva oficiosa, aunado a que el asunto cumplía con los requisitos de interés y trascendencia para su atracción, el IFDP promovió recurso de revisión y solicitó el ejercicio de la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

La SCJN aceptó la competencia para conocer del amparo en revisión, radicándolo bajo el número 315/2021. El 9 de febrero de 2022, las y los integrantes de la Primera Sala de la SCJN resolvieron que los jueces federales y locales deberán revisar la prisión preventiva oficiosa cuando rebase el plazo razonable de 2 años sin sentencia, previsto en la Constitución Federal; debiendo tomar en cuenta los estándares internacionales en la materia, los cuales señalan que la libertad del acusado es la regla y la prisión preventiva la excepción. De igual manera, se determinó que de la interpretación que ha realizado la Primera Sala respecto del artículo 20, Apartado B, fracción IX constitucional, no se logra advertir impedimento constitucional o legal alguno para que la prisión preventiva impuesta oficiosamente por un Juez de Control en el sistema penal acusatorio, pueda ser revisada en el plazo de 2 años, a efecto de que el juzgador, una vez hecha la petición, determine su cese o prolongación.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO:** Artículos 1 y 20, Apartado B, fracción IX, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

**INSTRUMENTO Y/O CRITERIO INTERNACIONAL INVOCADO:** Convención Americana Sobre Derechos Humanos

**VER SENTENCIA COMPLETA EN:**

[https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2022-01/AR-315-2021-17012022.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2022-01/AR-315-2021-17012022.pdf)



# INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

## LIBERTAD

**PAÍS:** México

**TRIBUNAL:** Juzgado Tercero de Distrito Especializado en Ejecución de Penas en la Ciudad de México

**MATERIA:** Penal

**DERECHOS VINCULADOS (PALABRAS CLAVES):** Interés Superior de la Niñez, Libertad

### **BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS**

“M” es un niño de 16 años, quien al momento de la detención de su madre, tenía apenas 6 años de edad, padece de parálisis cerebral infantil, una discapacidad que le impide valerse por sí mismo de forma permanente. Después de que su madre, Carmen, quien desde su infancia sufrió violencia sexual y familiar, fue detenida por portación de armas de fuego y cartuchos de uso exclusivo del Ejército y condenada a 10 años de pena privativa de la libertad; “M” fue puesto bajo el cuidado de su abuela materna y la pareja de ésta, quienes actuaron de forma negligente ejerciendo maltrato infantil al infringir quemaduras en sus piernas originadas por agua caliente, situación que fue denunciada por los vecinos y que derivó en que “M” quedara bajo el cuidado del DIF. Carmen nunca dejó de tener contacto con “M”, situación que era reconocida por la institución responsable de su cuidado.

Cuando el IFDP tomó la representación de la usuaria, solicitó al Juzgado Tercero de Distrito Especializado en Ejecución de Penas en la Ciudad de México, el incidente de sustitución de pena privativa de la libertad por una medida de seguridad distinta, ya que, considerando los antecedentes de violencia hacia su hijo, ella es la única que puede encargarse de su cuidado, con base en el interés superior de la infancia y principio pro homine. La Defensa Pública presentó dictámenes en medicina derivado de la práctica de valoraciones realizadas a “M”, así como en psicología y trabajo social a Carmen (las periciales estuvieron a cargo del Área de Ciencias Forenses del IFDP).

Mediante resolución del Juzgado Tercero de Distrito Especializado en Ejecución de Penas en la Ciudad de México, se determinó la procedencia de la sustitución del remanente de la pena de 10 años que le había sido impuesta a Carmen por una medida de seguridad



consistente en vigilancia de la autoridad, ordenando su inmediata y absoluta libertad, para que pudiera seguir desempeñándose como única cuidadora y núcleo familiar de “M”, en estricto apego al interés superior de la infancia.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO:** Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Convención Sobre los Derechos del Niño, Código Nacional de Procedimientos Penales, Código Penal Federal, Ley Nacional de Ejecución Penal

**INSTRUMENTO Y/O CRITERIO INTERNACIONAL INVOCADO:** Convención sobre los Derechos del Niño





**Coatlán del Río, Morelos**, a través del cual desahoga la vista ordenada en proveído de diecisiete de noviembre de dos mil veintiuno, relacionada con la sentenciada \*\*\*\*\* y manifiesta que no tiene inconveniente alguno para que se conceda el beneficio planteado a favor de ésta; por lo que remite divisas constancias en sustento de ello.

En tal circunstancia, se tiene por desahogada la vista ordenada en autos y por vertida la manifestación de la autoridad administrativa oficiante.

Por otra parte, agréguese el oficio procedente del **Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Morelos, con residencia en Cuernavaca**, con el que devuelve diligenciado el exhorto 4003/2021 de este juzgado, librado para notificar a \*\*\*\*\* el contenido del auto de diecisiete de noviembre de dos mil veintiuno.

Háganse las anotaciones pertinentes en el libro que para tal efecto se lleva en este juzgado, sin que sea necesario expedir acuse por su recibo, dado que el sistema mediante el cual fue devuelto, lo genera automáticamente al momento de su envío.

De la constancia secretarial de cuenta, se advierte que transcurrió el término de tres días otorgado a las partes, en auto de diecisiete de noviembre de dos mil veintiuno, para contestar la acción y ofrecer medios de prueba, en la presente solicitud de extinción planteada a favor de \*\*\*\*\* haciendo uso de ese derecho la defensa pública federal, el fiscal de la Federación, el centro carcelario y la Dirección General de Ejecución de Sanciones del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, al expresar que no se oponen a que se resuelva de plano la presente solicitud.

MARIA ISABEL SORIANO ESPERANZA  
 028118210219031331







PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

**SE 4/2021**  
(SIPE 180/2019)

Si éste se entiende simplemente como la posibilidad de que un daño ocurra en el futuro, es evidente que la eventualidad de que una niña, niño o adolescentes sufra una afectación estará siempre latente.

**Solicitud de  
extinción  
4/2021**

Cualquier niña, niño o adolescente está en riesgo de sufrir una afectación por muy improbable que sea. Debe entenderse que el aumento del riesgo se configura normalmente como una situación en la que la ocurrencia de un evento hace más probable la ocurrencia de otro, de modo que el riesgo de que se produzca el segundo evento aumenta cuando se produce el primero, aplicando tal comprensión a las contiendas donde estén involucrados los derechos de los menores de edad, y reiterando que el interés superior de la infancia ordena que los jueces decidan atendiendo a lo que resultará más beneficioso para las niñas, niños y adolescentes, la situación de riesgo se actualizará cuando no se adopte aquella medida que resultará más beneficiosa para el niño, y no solo cuando se evite una situación perjudicial.

La libertad personal del progenitor que tiene la guarda y custodia para residir en cierto lugar no debe llegar al grado de suprimir los derechos de su hijo, ya que éstos merecen especial protección frente a los de los adultos en su entorno familiar.

El interés superior de la infancia, reconocido en el artículo 4º, párrafo octavo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma constitucional de doce de octubre de dos mil once, exige la *“garantía plena”* de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Aun cuando el significado de la expresión *“los derechos”* puede parecer vaga, resulta importante destacar que el texto del que deriva es similar al del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente en la parte que reconoce el derechos de los menores de edad a ciertas

MARIA ISABEL BARRON ESPINOSA  
C210181221002  
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS  
ZARAGOZA, CHIAPAS

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



“medidas de protección”, que al igual que en la Constitución General de la República, no se enuncian.

El citado artículo 4° constitucional, párrafo octavo, represente un punto de convergencia con los derechos de las niñas, niños y adolescentes reconocidos en tratados internacionales y constituyen un parámetro de regularidad especializado respecto de los derechos de la niñez, como el que establece el artículo 1°, párrafo segundo constitucional, respecto de los derechos humanos en general, criterio que se encuentra establecido en la tesis aislada 1a. LXXVI/2013 (10a.) de rubro: **“INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ. EL ARTÍCULO 4°, PÁRRAFO OCTAVO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, REPRESENTA UN PUNTO DE CONVERGENCIA CON LOS DERECHOS DE LA INFANCIA RECONOCIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES.”**

MEXICO: MARÍA ISABEL ZAVARZA  
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: MARÍA ISABEL ZAVARZA  
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: MARÍA ISABEL ZAVARZA

Los efectos personales del parentesco son la asistencia, el deber de ayuda y el socorro mutuo, cuya obligación más clara, tratándose de menores de edad, consiste en proporcionar alimentos, así como en el deber y el derecho de ejercer la patria potestad y la guardia y custodia; estos efectos, en primera instancia, recaen sobre los ascendientes directos en primer grado, esto es en padre o en la madre.

Particularmente, en el ámbito jurisdiccional el interés superior de la niñez es tanto un principio orientador como una clave heurística de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que deba aplicarse a una niña, niño o adolescente o en un caso concreto o que pueda afectar sus intereses. El interés superior de la niñez ordena la realización de una interpretación sistemática que considera los deberes de protección de las niñas, niños y adolescentes y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales y en la leyes de protección de la niñez; de este modo, el principio del



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

SE 4/2021  
(SIPE 180/2019)

Solicitud de  
extinción  
4/2021

interés superior referido se consagra como criterio orientador fundamental de la actuación judicial, de ahí que conlleva ineludiblemente a que este juzgador tome en cuenta, al emitir la presente resolución las necesidades físicas, efectivas y educativas del menor, así como la posibilidad de que sus padres respondan a sus posibilidades.

En suma, el principio del interés superior de la niñez debe informar todos los ámbitos de la actividad estatal que estén relacionados directa o indirectamente con los menores, lo que necesariamente implica que la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes se realice a través de medidas reforzadas o agravadas, ya que sus intereses deben protegerse siempre con mayor intensidad.

Lo anterior, es así de conformidad con lo que establece la tesis aislada 1a. LXXXIII/2015 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, Materia(s) Constitucional, página 1397, de rubro y texto siguientes:

**“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL.** *El interés superior del menor tiene un contenido de naturaleza real y relacional, que demanda una verificación y especial atención de los elementos concretos y específicos que identifican a los menores, por lo que el escrutinio que debe realizarse en controversias que afecten dicho interés, de forma directa o indirecta, es más estricto que el de otros casos de protección a derechos fundamentales. Particularmente, en el ámbito jurisdiccional el interés superior del menor es tanto un principio orientador como una clave heurística de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que deba aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar sus intereses. Así, el interés superior del menor ordena la realización de una interpretación sistemática que considere los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales y en las leyes de protección de la niñez; de este modo, el principio del interés superior del menor se consagra como criterio orientador fundamental de la actuación judicial; de ahí que conlleva ineludiblemente a que el juzgador tome en cuenta, al emitir sus resoluciones, algunos aspectos que le permitan determinar con precisión el ámbito de protección requerida, tales como la opinión del menor, sus necesidades físicas, afectivas y educativas; el efecto sobre él de un cambio; su edad, sexo y personalidad; los males que ha padecido o en que puede incurrir, y la posibilidad de que cada uno de sus padres responda a sus posibilidades. En suma, el principio del interés superior del menor debe*

MARIA ISABEL BERNALDEZ  
ESTADO DE ZACATECAS  
SECRETARÍA DE JUSTICIA  
2019/02/27 10:42 AM



*informar todos los ámbitos de la actividad estatal que estén relacionados directa o indirectamente con los menores, lo que necesariamente implica que la protección de los derechos del niño se realice a través de medidas reforzadas o agravadas, ya que los intereses de los niños deben protegerse siempre con una mayor intensidad.”*

Además de su carácter tuitivo, el principio de interés superior de la niñez constituye un elemento hermenéutico de primer orden para delimitar el contenido y alcance de los derechos humanos de los menores y los coloca como sujetos prevalentes de derechos, de ahí que el interés superior de la niñez constituye un principio rector de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionados con menores.

De conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozaran de los derechos humanos que en ella y en los tratados internacionales se reconocen; que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la constitución y los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia y todas las autoridades, en el ámbito de su competencia, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, quedando obligado el Estado a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos (artículo 1º, párrafos primero, segundo y tercero).

MARIA KARLA ESPERANZA SANCHEZ  
SECRETARÍA DE DEFENSORÍA PÚBLICA  
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Asimismo, en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del **interés superior de la niñez**, garantizando de manera plena sus derechos, teniendo las niñas, niños y adolescentes, el derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral (artículo 4º, párrafos cuarto y octavo).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el apartado de la Declaración de los Derechos del Niño, establece:



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

SE 4/2021  
(SIPE 180/2019)

**"Declaración de los Derechos del Niño**

*Principio I: El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración.*

*Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.*

*Principio II: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.*

[...]

*Principio IV: El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberá proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y posnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.*

*Principio V: El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.*

*Principio VI: El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.*

[...]

Principio VII:

[...]

*El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.*

[...]

*Principio VIII: El niño debe, en todas circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro."*

Solicitud de  
extinción  
4/2021

MARIA KARINA BERNABEU  
VIZCARRA  
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS  
PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SECRETARÍA DE JUSTICIA Y FERIAZ

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Por otro lado, la Convención Sobre los Derechos del Niño establece:





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

**SE 4/2021**  
(SIPE 180/2019)

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

**Artículo 10**

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

**Artículo 27**

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

Esto implica que toda autoridad está obligada a que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de las niñas, niños y adolescentes, reciban la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, reconociendo que las niñas, niños y adolescentes, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, considerando que deben estar plenamente preparados para una vida independiente en sociedad y ser educados en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y

Solicitud de  
extinción  
  
4/2021

MARIA KARINA BERNALES ESTEBAN  
CARRANZA  
ESTADO DE VERACRUZ  
CARRANZA  
ESTADO DE VERACRUZ  
CARRANZA

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



solidaridad, en aras de preservar la calidad de vida de toda persona **y en especial tratándose de la niñez.**

Lo anterior debido a que la niña, niño o adolescente, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, a fin de que éstos puedan tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades, e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y que luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole.

Para la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, surgió el Comité de los Derechos del Niño, órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la referida Convención por los Estados Parte.

Dicho Comité, en la Observación General 14 sobre el Derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), del Comité de los Derechos del Niño, señala que el concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso, además es flexible y adaptable.

Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales.

En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general.

MARIA ISABEL ESPINOSA  
ZAVARZA  
SECRETARÍA EJECUTIVA  
ASOCIACIÓN INTERAMERICANA  
DE DEFENSORAS PÚBLICAS



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

**SE 4/2021**  
(SIPE 180/2019)

**Solicitud de  
extinción  
4/2021**

La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores.

El Comité de los Derechos del Niño consideró en la observación número 14 que los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, son los siguientes:

**a) La opinión del niño**

El artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior.

**b) La identidad del niño**

Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la

MARIA KARLA SORIANO ESTERUA  
CIZAVASCON  
ESTADO DE VERACRUZ  
22/01/2021

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



identidad cultural y la personalidad. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades.

### **c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones**

Es indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación del niño y sus padres.

En ese contexto, **la familia** es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños. El término "familia" debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local.

### **d) Cuidado, protección y seguridad del niño.**

Al evaluar y determinar el interés superior de un niño o de los niños en general, debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Los términos "protección" y "cuidado" también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa (por ejemplo, "para proteger al niño de daños"), sino en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño.

El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad.

**El cuidado emocional es una necesidad básica de los niños;** si los padres o tutores no satisfacen las necesidades

MARIANA KASHARI  
SECRETARÍA EJECUTIVA  
ASOCIACIÓN INTERAMERICANA  
DE DEFENSORAS PÚBLICAS  
AIDEF



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

SE 4/2021  
(SIPE 180/2019)

Solicitud de  
extinción  
4/2021

emocionales del niño, se deben tomar medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros. Los niños necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana, y ese vínculo, si es adecuado, debe mantenerse a lo largo de los años para ofrecer al niño un entorno estable.

La evaluación del interés superior del niño también debe tener en cuenta su seguridad, es decir, el derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, el acoso sexual, la presión ejercida por compañeros, la intimidación y los tratos degradantes, así como contra la explotación sexual y económica y otras formas de explotación, los estupefacientes, la explotación laboral, los conflictos armados, etcétera.

Aplicar el enfoque del interés superior del niño en el proceso de toma de decisiones entraña evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; sin embargo, el **principio de precaución** exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño.

**e) Situación de vulnerabilidad**

Un elemento importante que debe tenerse en cuenta son las situaciones de vulnerabilidad del niño, como **tener alguna discapacidad**, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle.

**f) El derecho del niño a la salud**

El derecho del niño a la salud y su estado de salud son fundamentales para evaluar el interés superior del niño. Sin embargo, si hay más de una posibilidad para tratar una enfermedad o si el resultado de un tratamiento es incierto, se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios, y también debe tenerse en cuenta debidamente la opinión del niño

MARIA KARINA SORIANO ESPARZA  
CZAVATA  
ESTADO DE ZACATECAS  
12/01/01 22:00:00



en función de su edad y madurez. En este sentido, se debe proporcionar al niño información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado.

#### g) El derecho del niño a la educación

El acceso a una educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas, redundan en el interés superior del niño. Todas las decisiones sobre las medidas e iniciativas relacionadas con un niño en particular o un grupo de niños deben respetar su interés superior con respecto a la educación.

Expuesto lo anterior, en la presente resolución se analizará si la sentenciada cumple o no con los requisitos que exige el artículo 144, fracción I, de la Ley Nacional de Ejecución Penal<sup>2</sup>, para el otorgamiento del beneficio solicitado, cuidando en todo momento el principio de interés superior de la niñez, que prescribe el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, conforme al referido numeral, los sentenciados que sean el principal o único cuidador de un menor de doce años, o con una condición de discapacidad, podrán solicitar al juez especializado sustituya la pena de prisión por una medida de seguridad no privativa de libertad.

MARIA KAHYA EBRAHIM ZAPATA  
C.I. 0101227003733  
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

#### <sup>2</sup> "Artículo 144. Sustitución de la pena

*El Juez de Ejecución podrá sustituir la pena privativa de la libertad por alguna pena o medida de seguridad no privativa de la libertad, previstas en esta Ley cuando durante el periodo de ejecución se actualicen los siguientes supuestos:*

*1. Cuando se busque la protección de las hijas e hijos de personas privadas de la libertad, siempre que éstos sean menores de 12 años de edad o tengan una condición de discapacidad que no les permita valerse por sí mismos. Esto cuando la persona privada de la libertad sea su cuidadora principal o única cuidadora, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.*

*(...)*

*En todos los casos a que se refiere este artículo se considerará el interés superior de la niñez y en su caso se tomará en cuenta la opinión de las personas menores de 12 años o con discapacidad afectadas, atendiendo su grado de desarrollo evolutivo o cognitivo, o en su caso, el grado de discapacidad.*

*No procederá la sustitución de pena por delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas."*



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

**SE 4/2021**  
(SIPE 180/2019)

**Solicitud de  
extinción  
4/2021**

Es decir, el objeto de la sustitución a que se refiere el artículo que nos ocupa, evita que el sentenciado continúe privado de su libertad hasta la compurgación total de la pena; ello siempre y cuando se acredite que es padre o madre de un niño de doce años o que éste se encuentre en condiciones de discapacidad, que no le permita valerse por sí mismo, ante un evidente riesgo de abandono, como consecuencia de la compurga de la pena de prisión impuesta a la parte sentenciada, quien es la principal o única cuidadora.

Lo anterior, además de no haber sido condenado por los delitos expresamente establecidos por la ley.

Entonces, con base en la fracción descrita (I), **se podrá sustituir la pena privativa de libertad** siempre y cuando se cumpla con lo siguiente:

1. No haber sido condenados por delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas.
2. Que la parte sentenciada tenga hijos o hijas menores de doce años de edad, o en su caso, que éstos tengan una condición de discapacidad que no les permita valerse por sí mismos.
3. Que la persona privada de la libertad sea su cuidadora principal o única cuidadora.

Así, debe destacarse que la justiciable compurga una pena de prisión de **diez años**, impuesta en la causa penal **73/2011** del **Juzgado Sexto de Distrito en Materia Penal en el Estado de Nuevo León, con residencia en Monterrey**, por la comisión de los delitos:

- a) **Portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacional**, previsto y sancionado en el artículo 83, fracción III, en relación con el diverso 11, inciso c), de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, con la agravante

MARIA KARLA SORIANO ESPARZA  
VIZARRA  
12/01/2022 09:00:00  
ESTADO DE NUEVO LEÓN

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



en función de su edad y madurez. En este sentido, se debe proporcionar al niño información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado.

### g) El derecho del niño a la educación

El acceso a una educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas, redundan en el interés superior del niño. Todas las decisiones sobre las medidas e iniciativas relacionadas con un niño en particular o un grupo de niños deben respetar su interés superior con respecto a la educación.

Expuesto lo anterior, en la presente resolución se analizará si la sentenciada cumple o no con los requisitos que exige el artículo 144, fracción I, de la Ley Nacional de Ejecución Penal<sup>2</sup>, para el otorgamiento del beneficio solicitado, cuidando en todo momento el principio de interés superior de la niñez, que prescribe el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, conforme al referido numeral, los sentenciados que sean el principal o único cuidador de un menor de doce años, o con una condición de discapacidad, podrán solicitar al juez especializado sustituya la pena de prisión por una medida de seguridad no privativa de libertad.

MARIA KARLA ESPINOSA ZAVARZA  
 C.I. 010227003733  
 E.S.

<sup>2</sup> **Artículo 144. Sustitución de la pena**

*El Juez de Ejecución podrá sustituir la pena privativa de la libertad por alguna pena o medida de seguridad no privativa de la libertad, previstas en esta Ley cuando durante el periodo de ejecución se actualicen los siguientes supuestos:*

*1. Cuando se busque la protección de las hijas e hijos de personas privadas de la libertad, siempre que éstos sean menores de 12 años de edad o tengan una condición de discapacidad que no les permita valerse por sí mismos. Esto cuando la persona privada de la libertad sea su cuidadora principal o única cuidadora, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley.*

*(...)*

*En todos los casos a que se refiere este artículo se considerará el interés superior de la niñez y en su caso se tomará en cuenta la opinión de las personas menores de 12 años o con discapacidad afectadas, atendiendo su grado de desarrollo evolutivo o cognitivo, o en su caso, el grado de discapacidad.*

*No procederá la sustitución de pena por delitos en materia de delincuencia organizada, secuestro y trata de personas.<sup>3</sup>*



contemplada en el último párrafo del numeral señalado en primer término; y,

- b) **Posesión de cartuchos de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea;** previsto y sancionado en el artículo 83 Quat, fracción I, en relación con el diverso 11, inciso f), en vinculación con los incisos e) y l), de la citada ley especial.

Ilícitos que no actualizan las restricciones establecidas en la Ley Nacional de Ejecución Penal, **por lo que el primero de los requisitos enunciados se encuentra colmado.**

Establecido lo anterior, procede determinar si en el caso concreto se colman los restantes requisitos, con base en las constancias que obran en autos.

En este sentido, de las constancias que conforman el presente expediente se advierte los medios de convicción siguientes:

ESTADO DE NUEVO LEÓN  
SECRETARÍA DE JUSTICIA  
SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA  
SECRETARÍA DE PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES  
SECRETARÍA DE PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES  
SECRETARÍA DE PROTECCIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

I. Oficio \*\*\*\*\* de once de mayo de dos mil veintiuno, suscrito por la delegada de la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Nuevo León, con el cual remitió copia autorizada de los expedientes individualizados del adolescente de identidad reservada con iniciales \*\*\*\*\* Este expediente, en lo que aquí interesa, contiene lo siguiente:

a. **Acta de nacimiento del adolescente de identidad reservada con iniciales \*\*\*\*\* ; y,**

b. **Resolución de diez de mayo de dos mil diecisiete, dictada en el expediente administrativo 2826/2011, de la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Nuevo León, en la que se decretó la custodia provisional del adolescente de identidad reservada con iniciales \*\*\*\*\* , a cargo del director de la institución**



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

SE 4/2021  
(SIPE 180/2019)

denominada \*\*\*\*\* , para su custodia provisional.

Solicitud de  
extinción  
4/2021

c. Resolución de uno de junio de dos mil diecisiete, dictada en el expediente administrativo 2826/2011, de la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Nuevo León, en la que se decretó la custodia provisional del adolescente de identidad reservada con iniciales \*\*\*\*\* , a cargo del director de la institución denominada \*\*\*\*\* , para su custodia provisional.

d. Reporte de trabajo social de octubre de dos mil veinte.

II. Dictamen en psicología de veinticinco de junio de dos mil veintiuno, practicado a la sentenciada.

III. Historial de llamadas realizadas por la sentenciada a la institución \*\*\*\*\*

IV. Dictamen en materia de fotografía forense, de veinticinco de octubre de dos mil veintiuno, practicado al adolescente de identidad reservada con iniciales \*\*\*\*\* .

V. Entrevista a \*\*\*\*\* practicado el once de octubre de dos mil veintiuno.

VI. Bitácora de llamadas por celular (videollamadas) de los NNA, respecto del adolescente de identidad reservada con iniciales \*\*\*\*\* . con su madre.

VII. Entrevista a \*\*\*\*\* practicado el siete de octubre de dos mil veintiuno.

VIII. Dictamen médico de veintiséis de octubre del año en curso, practicado al adolescente de identidad reservada con iniciales \*\*\*\*\* .

MARIA ISABEL BARRALES SANCHEZ  
CARRANZA  
SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA  
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



A los documentos en donde se obtienen los anteriores datos de prueba se les otorga **valor probatorio** en términos de los artículos 259 y 265, en relación con el numeral 368 del Código Nacional de Procedimientos Penales, de aplicación supletoria a la Ley Nacional de Ejecución Penal, por disposición de su numeral 8, toda vez que se trata de constancias que fueron recabadas oficiosamente por este juzgador y a petición de la defensa pública federal.

Bajo tal panorama, las probanzas reseñadas, administradas unas con otras, permiten afirmar que la sentenciada es madre del adolescente de dieciséis años de edad identidad reservada con iniciales **\*\*\*\*\***, quien se encuentra diagnosticado con **cuadriparesia espástica secundaria a asfixia perinatal y prematuridad, epilepsia parcial no generalizada, reflujo gastro-esofágico y estrabismo**; los cuales son propios de una persona con discapacidad que es totalmente dependiente de terceras personas y requiere de atención médica especializada y condiciones adecuadas de estancia enfermedad.

ESTRATEGIA DE DEFENSA  
VIZARRA/CONVIERTE/EBYSA/VBYVA

Circunstancia que denota que dicho adolescente tiene una condición de discapacidad que no le permite valerse por sí mismo; por tanto, el requisito que establece el artículo 144 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, previamente identificado en el número 2, se tiene por satisfecho.

Mientras que el requisito restante, consistente en que la sentenciada sea la cuidadora principal o única cuidadora del adolescente, identificado con el arábigo 3, está sustentado con lo siguiente:

1. **Acta de nacimiento del adolescente de identidad reservada con iniciales \*\*\*\*\***; de la que se advierte que fue registrado únicamente por su progenitora con sus apellidos.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Solicitud de  
extinción  
4/2021

FORMA A-55

SE 4/2021  
(SIPE 180/2019)

2. Resoluciones de diez de mayo y uno de junio de dos mil diecisiete, dictada en el expediente administrativo 2826/2011, de la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Nuevo León, en la que se decretó la custodia provisional del adolescente de identidad reservada con iniciales \*\*\*\*\* , a cargo del director de la institución denominada \*\*\* \*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\* para su custodia provisional. De este documento se aprecia que ante el maltrato hacia el adolescente por negligencia en su cuidado, por parte de su abuela materna, quien lo acogió ante la reclusión de la sentenciada, se determinó su custodia a cargo de la institución referida.

3. Reporte de trabajo social de octubre de dos mil veinte, del que se obtiene que la abuela materna del adolescente, dejó de interesarse en visitar a su nieto, quedando solo las visitas del menor al centro de reclusión del Estado de Nuevo León, hasta que la sentenciada fue trasladada al Estado de Morelos, continuando con la comunicación vía telefónica.

4. Entrevistas a \*\*\*\*\* y \*\*\*\*\* , practicadas, respectivamente, el siete y once de octubre de dos mil veintiuno, de las que se aprecia que la abuela materna del adolescente dejó de hacerse cargo de sus cuidados.

De estos medios de prueba, se advierte que ante la falta de algún familiar que velara por los derechos fundamentales del adolescente hijo de la sentenciada, su custodia quedó a cargo de la institución denominada \*\*\*\*\* , hasta en tanto obtenga su libertad y demuestre encontrarse apta para proporcionar los cuidados que requiere su hijo; además que dicho adolescente sólo recibe llamadas telefónicas de la propia sentenciada.

MARIA ISABEL RAMON VILLALBA  
SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA  
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



Estos documentos, permiten llegar a la convicción de que la justiciable, es la única o cuidadora principal del adolescente; de ahí que se tenga satisfecho el requisito en estudio.

Al encontrarse satisfechos los tres requisitos que otorga la norma para la procedencia del beneficio solicitado, el suscrito, estima conveniente realizar un análisis para exponer la forma en que la emisión de la presente resolución, en todo momento, salvaguarda los derechos fundamentales del adolescente, en aras de velar por el interés superior de la niñez, prescrito por el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Bien, como se asentó en la parte introductoria de esta determinación, en el caso, estamos en presencia, de un adolescente de dieciséis años con una discapacidad que lo lleva totalmente a depender para su cuidado de terceras personas, cuyos derechos fundamentales se encuentran inmiscuidos en este asunto.

Ahora, en la actualidad, los derechos de los niños, niñas y adolescentes se encuentran reglados a través de las leyes secundarias, que derivan del mandamiento expreso constitucional respecto de la protección de esos derechos fundamentales y el principio de interés superior; así como, por tratados internacionales, los cuales jerárquicamente, en términos del artículo 133 de la Constitución Federal, tienen la misma fuerza de Ley Suprema<sup>3</sup>.

Así, tenemos que la Convención sobre los Derechos del Niño, es el tratado de derechos humanos con el que los Estados Parte, entre ellos, México, se comprometieron a proteger y hacer cumplir los derechos de las niñas, niños y adolescentes. De este tratado internacional se obtiene que éstos no son simplemente objetos que pertenecen a sus padres y en favor de los cuales se toman decisiones, ni adultos en proceso de formación, sino que son seres humanos e individuos con sus

<sup>3</sup> Siempre y cuando no se contrapongan con las disposiciones constitucionales.

MARIA KARLA SPERANZA ESPARZA  
SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA  
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

**SE 4/2021**  
(SIPE 180/2019)

**Solicitud de  
extinción  
4/2021**

propios derechos que termina a la edad de dieciocho años, y que es una etapa especial y protegida durante la cual se les debe ayudar a crecer, aprender, jugar, desarrollarse y prosperar con dignidad.

Para la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, surgió el Comité de los Derechos del Niño, que es un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la referida Convención por los Estados Parte.

Dicho Comité, en la Observación General 14 sobre el Derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial, señala que el concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso, además es flexible y adaptable.

Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales.

En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general.

La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y

MARIA KARINA BERNAL ESTANISLAO  
SECRETARÍA DE DEFENSA PÚBLICA  
ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores.

El Comité de los Derechos del Niño consideró en la observación número 14 que los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, son los siguientes:

- a) La opinión del niño
- b) La identidad del niño
- c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones
- d) Cuidado, protección y seguridad del niño.
- e) Situación de vulnerabilidad
- f) El derecho del niño a la salud
- g) El derecho del niño a la educación

Así, en lo que compete a este juzgado, en observancia al principio de interés superior de la niñez, con el dictado de esta resolución, salvaguarda la **identidad del adolescente, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, el Cuidado, protección y seguridad del niño, así como la situación de vulnerabilidad.**

En efecto, en cuanto a **la identidad del adolescente** resulta de suma importancia la convivencia con su progenitora (al ser su única o principal cuidadora), pues así el adolescente, podrá descubrir el origen nacional, la religión y las creencias, la

MARIA KARINA SPRENGER ESPARZA  
12/01/22 09:37:53



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

SE 4/2021  
(SIPE 180/2019)

identidad cultural y la personalidad, al existir un acercamiento paulatino con su madre y, en un futuro, un acercamiento total.

Solicitud de  
extinción  
4/2021

Respecto la **preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones**, se debe tomar en cuenta que la **familia** es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular del adolescente; por lo que la posible libertad de la sentenciada, traería como consecuencia la creación de lazos afectivos entre el adolescente y su madre, lo que traería consigo el **cuidado, protección y seguridad de \*\*\*\*\***, **tomando en consideración su estado de vulnerabilidad.**

Expuesto lo anterior, de los datos de prueba anteriormente valorados se colige que se encuentran colmadas las exigencias a que se refiere el artículo 144 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, para sustituir la pena de prisión que le fue impuesta a la sentenciada por una medida de seguridad no privativa de la libertad, quien es la cuidadora principal y la única que tiene la obligación de asistir y velar por su hijo adolescente.

No pasa inadvertido que, el artículo 144 de la Ley Nacional de Ejecución Penal, disponga que se tomará en cuenta la opinión de las personas con discapacidad afectadas, en este caso, **adolescente de identidad reservada con iniciales \*\*\*\*\***, pues de acuerdo a los dictámenes médicos que obran en el expediente administrativo formado por la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Nuevo León, así como el exhibido por la defensora de oficio; el grado de discapacidad del adolescente es mayúsculo, pues tan sólo puede articular algunas palabras, y sólo se comunica emitiendo sonidos y sonrisas; lo que impide totalmente la práctica de una entrevista y conocer su opinión sobre el tema.

En las relatadas condiciones, y dado que, en el presente asunto, lo que se pretende es atender al interés superior de la niñez, principio regulado en el artículo 4 de la Constitución Política

MARIA TERESA BARRALES SANCHEZ  
ZARAGOZA, COAHUILA DE ZARAGOZA  
ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA  
C.P. 27060  
L.P. 27060

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



de los Estados Unidos Mexicanos, lo procedente es **CONCEDER** la prerrogativa solicitada a favor de la sentenciada; lo anterior, a fin de proteger el sano desarrollo y el ejercicio pleno de los derechos de su hijo **adolescente de identidad reservada con iniciales \*\*\*\*\*** .

Ahora bien, el artículo 24 del Código Penal Federal establece diversas penas y medidas de seguridad, entre ellas, la vigilancia de la autoridad, que se regula en su artículo 50 Bis, de la manera siguiente:

*“Artículo 50 Bis. Cuando la sentencia determine restricción de libertad o derechos, o suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, el juez dispondrá la vigilancia de la autoridad sobre el sentenciado, que tendrá la misma duración que la correspondiente a la sanción impuesta.*

*La vigilancia consistirá en ejercer sobre el sentenciado observación y orientación de su conducta por personal especializado dependiente de la autoridad ejecutora, para la reinserción social.”.*

Por su parte, el artículo 168 de la Ley Nacional de Ejecución Penal dispone:

**“Artículo 168. Vigilancia de la autoridad**

*La vigilancia de la autoridad consiste en la supervisión y orientación de la conducta del sentenciado, ejercidas por las Autoridades Auxiliares, con la finalidad exclusiva de coadyuvar a la reinserción social del sentenciado y a la protección de la comunidad o las víctimas del delito.*

*La ejecución de la vigilancia de la autoridad no deberá exceder de la correspondiente a la pena o medida de seguridad impuesta.*

*Cuando el Juez de Ejecución conforme a lo previsto por la Ley Penal aplicable, imponga una medida de seguridad consistente en la vigilancia personal o monitoreo del sentenciado corresponderá aplicarla a la autoridad de seguridad pública competente.”*

De lo transcrito se observa que la medida de seguridad consistente en **vigilancia de la autoridad**, tiene la misma duración que la pena de prisión que aún no ha sido compurgada y consistirá en ejercer sobre la enjuiciada, observación y orientación de su conducta por personal especializado dependiente de la autoridad ejecutora.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS  
SECRETARÍA DE JUSTICIA Y ENERGÍA  
VIZCARRA/SECRETARÍA DE JUSTICIA Y ENERGÍA





Con el **apercibimiento** que, de no dar cumplimiento a lo anterior, este juzgado especializado podrá revocar dicho sustitutivo y ordenar su reaprehensión, a efecto de que compurgue el resto de la pena de prisión impuesta, interna en el lugar que para tal efecto designe la Dirección General de Ejecución de Sanciones Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana.

En virtud de lo anterior, se ordena girar oficio al **Centro Federal de Readaptación Social Dieciséis “CPS Femenil Morelos”, en Coatlán del Río, Morelos**, a fin de que ponga en **INMEDIATA Y ABSOLUTA LIBERTAD** a la sentenciada \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* ; en el entendido que la libertad decretada es única y exclusivamente por lo que hace a la pena de prisión impuesta en el proceso penal **73/2011**, del Juzgado Sexto de Distrito en Materia Penal en el Estado de Nuevo León, con residencia en Monterrey, del cual deriva la presentes solicitud; lo anterior, sin perjuicio de que continúe interna sujeta a diverso proceso penal y a disposición de otra autoridad judicial.

ESTADO DE NUEVO LEÓN  
SECRETARÍA DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN CIUDADANA  
DIRECCIÓN GENERAL DE EJECUCIÓN DE SANCIONES  
PREVENCIÓN Y READAPTACIÓN SOCIAL  
CPS FEMENIL MORELOS

Comuníquese esta determinación al titular del **Juzgado Sexto de Distrito en Materia Penal en el Estado de Nuevo León, con residencia en Monterrey**; al **Comisionado de Prevención y Readaptación Social dependiente de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana**; y, al **director del Centro Federal de Readaptación Social Dieciséis “CPS Femenil Morelos”, en Coatlán del Río, Morelos**.

De igual forma, expídase al agente del **Ministerio Público de la Federación adscrito**, copia certificada de esta resolución.

Toda vez que \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* , se encuentra recluida en el **Centro Federal de Readaptación Social Dieciséis “CPS-Femenil Morelos, en Cuernavaca Morelos**, gírese exhorto a través del Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes, al Juez de Distrito en el Estado de Morelos, con residencia en Cuernavaca, en turno, a efecto que, en auxilio a las labores de



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

SE 4/2021  
(SIPE 180/2019)

este juzgado, comisione a quien corresponda, para que realice lo siguiente:

Solicitud de  
extinción  
4/2021

--Notifique esta determinación a la sentenciada, solicitando al juez exhortado que en el acta que en su caso elabore, se asiente que se notifica la determinación de esta fecha dictada por este juzgado especializado y haga saber a éste el término de tres días que la ley concede para inconformarse.

--GIRE OFICIO DE FORMA URGENTE, al titular del centro carcelario en que se encuentra detenida \*\*\*\*\* , y le comunique que este juzgado ordenó la inmediata y absoluta libertad de la enjuiciada de trato, dado que se le fue concedida la sustitución de la pena de prisión impuesta en la causa penal 73/2011, del Juzgado Sexto de Distrito en Materia Penal en el Estado de Nuevo León, con residencia en Monterrey, por la medida de seguridad consistente en **vigilancia de la autoridad**.

Con fundamento en el artículo 82, fracciones I, inciso d) y II, y 85 del Código Nacional de Procedimientos Penales, requiera a la sentenciada para que en el acto de la notificación de esta interlocutoria, o bien, dentro de los cinco días hábiles siguientes al en que tenga conocimiento de esta determinación, señale un domicilio cierto y correcto, número telefónico y dirección electrónica para oír y recibir notificaciones.

Sin que sea necesario solicitar el acuse de recibo correspondiente, en razón de que el referido sistema lo genera automáticamente.

En cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 73, fracción II, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y el diverso 3 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se ordena capturar la presente resolución en el módulo de sentencias contenido en el Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE) como lo dispone el "Protocolo para la elaboración de versiones públicas de

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS  
PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN  
SECRETARÍA DE JUSTICIA Y ENERGÍA  
ESTADO DE NUEVO LEÓN  
JUZGADO SEXTO DE DISTRITO EN MATERIA PENAL  
MONTERREY, NUEVO LEÓN, MÉXICO  
CALLE DE LA UNIÓN 1000, COLONIA CENTRO, MONTERREY, NUEVO LEÓN, MÉXICO  
C.P. 64400  
TELÉFONO: (52) 81 23 21 00 00  
CORREO ELECTRÓNICO: [sej@sej.gob.mx](mailto:sej@sej.gob.mx)

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN





PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

FORMA A-55

**SE 4/2021**  
(SIPE 180/2019)

### **RESOLUCIÓN DE PLANO**

**Solicitud de  
extinción  
4/2021**

Ciudad de México, **seis de diciembre de dos mil veintiuno**, María Isabel Soriano Esparza, secretaria del Juzgado Tercero de Distrito Especializado en Ejecución de Penas en la Ciudad de México, **hace constar que:** el plazo de **tres días hábiles** concedido a las partes en proveído de **diecisiete de noviembre de dos mil veintiuno**, a fin de manifestar su oposición para resolver de plano sobre la concesión o no del beneficio preliberacional solicitado a favor de la sentenciada \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* , transcurrió de la siguiente forma:

- Para la **defensa pública federal**, el **fiscal federal** y el **centro carcelario**, del **dieciocho al veintidós del presente mes y año**.
- Para la **Dirección General de Ejecución de Sanciones del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana**, del **diecinueve al veintitrés de noviembre en curso**.
- Para la **sentenciada**, del **veinticuatro al veintiséis de noviembre de dos mil veintiuno**.

Haciendo uso de ese derecho la defensa pública federal, el fiscal de la Federación, el centro carcelario y la Dirección General de Ejecución de Sanciones del Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, al expresar que no se oponen a que se resuelva de plano la presente solicitud.

Lo que se certifica para los efectos a lo que haya lugar.  
**Doy fe.**

**En seis de diciembre de dos mil veintiuno**, se da cuenta con el oficio \*\*\*\*\* , del **Centro Federal de Readaptación Social Dieciséis “CPS Femenil Morelos”**, en Coatlán del Río, Morelos, y con el diverso **26557/2021**, del **Juzgado Octavo de Distrito en el Estado de Morelos**, con residencia en Cuernavaca; registros 16545 y 16590; así como con la constancia secretarial que antecede. **Conste.**

Ciudad de México, **tres de diciembre de dos mil veintiuno**.

Intégrese el comunicado del **Centro Federal de Readaptación Social Dieciséis “CPS Femenil Morelos”**, en

MARIA ISABEL SORIANO ESPARZA  
SECRETARIA DEL JUZGADO TERCERO DE DISTRITO ESPECIALIZADO EN EJECUCION DE PENAS EN LA CIUDAD DE MEXICO

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN



**Nicaragua**



## MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD

**PAÍS:** Nicaragua

**TRIBUNAL:** Sala Penal Especializada en Violencia y Justicia Penal de Adolescentes

**MATERIA:** Penal

**DERECHOS VINCULADOS (PALABRAS CLAVES):** Medidas no privativas de la libertad, arresto domiciliario; delitos sexuales.

### **BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS:**

El acusado fue condenado a la pena de doce años por el delito de abuso sexual, cometido contra una niña (hija de su hijastro). La defensa apela la resolución, introduciendo diferentes agravios, que no son acogidos por la Sala (nulidad de las actuaciones por violación del término del proceso, inexistencia de prueba suficiente de cargo, errónea valoración de la prueba). Sin embargo, la Sala concluye que la pena de doce años de prisión adolece de fundamentación necesaria, en tanto no se han contemplado circunstancias atenuantes calificadas y análogas, como la inexistencia de antecedentes, la condición de persona valetudinaria que se deriva de la comprensión de los múltiples problemas de salud crónicos que le aquejan y que el deterioro mismo de la salud en la persona del acusado ha sido notoria y manifiesta a lo largo del proceso, que ha requerido de asistencias médicas y tratamientos médicos especializados. Como consecuencia, la Sala acoge el agravio de la defensa respecto a la desproporción de la pena, reconociendo que ante todo el derecho penal es humanitario, por lo que las Naciones Unidas ha creado instrumentos internacionales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad conocidas como las Reglas de Tokio y que se refieren a la justicia penal en general, estas al igual que las Reglas de

Beijing reafirman el principio que las medidas privativas de libertad deben ser la última ratio a aplicar por los órganos jurisdiccionales tanto a adultos como a adolescentes y ofrecen elementos para establecer mecanismos de aplicación a las medidas no privativas de libertad. En mérito a dichos fundamentos, sustituye la pena privativa de libertad por un arresto domiciliario.



## SENTENCIA No. 8

### TRIBUNAL DE APELACIONES, CIRCUNSCRIPCION MANAGUA. SALA PENAL ESPECIALIZADA EN VIOLENCIA Y JUSTICIA PENAL ADOLESCENTES.

Veintidós de marzo de dos mil trece. Las diez de la mañana.

#### ANTECEDENTES PROCESALES:

El Ministerio Público representado por la Licenciada Mirna Siles Herrera, presentó acusación en contra de \*\*\*\*\*, refiriendo que el día doce de Octubre del año dos mil once, a las dos y veintisiete minutos de la tarde, el Juzgado Segundo de Distrito de Familia de la Circunscripción de Managua, determinó mediante sentencia número \*\*\*\*\*, en su numeral segundo: Que la guarda y custodia de la niña víctima \*\*\*\*\*, de \*\*\*\*\* años de edad, a partir del veinticinco de Septiembre del año dos mil once, al padre de nombre \*\*\*\*\*, por un lapso de un año a concluir en fecha treinta de Octubre del año dos mil doce, en virtud que la señora \*\*\*\*\* (madre de la víctima), estaría fuera del país, período de tiempo en el que el señor \*\*\*\*\*, asumiría total responsabilidad en cuanto al cuidado y manutención de la víctima, habitando la misma en el domicilio del padre en la siguiente dirección: \*\*\*\*\*, en ésta ciudad de Managua, lugar donde también habitaba el acusado \*\*\*\*\*, (padrastro del padre biológico de la niña víctima). Es así que el acusado \*\*\*\*\*, sin precisar fecha y hora exacta, aprovechándose de la relación de confianza existente en el núcleo familiar, de la corta edad de la niña víctima, empezó a realizar tocamientos lúbricos en contra de la víctima \*\*\*\*\*, para lo cual utilizaba los dedos de sus manos para tocarle la vagina, realizando movimientos circulares encima de la vagina de la niña víctima; así mismo en ocasiones cuando la niña le refería al acusado expresiones bonitas como lo hace toda niña de su edad, el acusado se molestaba refiriéndole “que eso le aburría”, y siempre estaba tratando de tocarle la vagina y cuando esto sucedía refiere la niña que el acusado se orinaba en los pantalones y que esos orines eran feos y de color verde; así mismo el acusado le ha mostrado su órgano genital y la niña lo describe de la siguiente manera: “Es circular para abajo, tiene un gorrito, se lo pela y se hace grande, se lo mueve rápido y le sale un chicle de ahí el cual es blanco y se cae al suelo, la acuesta en la cama de su papá y ahí el se mueve su pipí, hasta que le sale el chicle”, continúa afirmando que cuando eso



ocurre, siempre está ella sin ropa y dice en su lenguaje en pelota y que el acusado le quita la ropa y le repite varias veces que está rica y le comienza a sobar el pipí, que esto pasa desde que su mamá se fue a España y cuando la muchacha que la cuida, que se llama \*\*\*\*\* no está en casa, porque se va a la venta y se dilata, lo que es aprovechado por el acusado para meter a la niña al cuarto de su papá y le hace todas esas cosas descritas por la niña, refiriendo además “El señor es malo”, en alusión al acusado. Estos hechos fueron del conocimiento de la señora \*\*\*\*\* , quien es abuela materna de la niña \*\*\*\*\* ., y en los fines de semana, tiempo que la niña compartía con ella, comenzó a observar un comportamiento no acorde a su edad, que se movía rítmicamente y utilizaba lenguaje sexualizado, circunstancia que le llamó la atención a la señora \*\*\*\*\* , por lo que le preguntó a la niña en fecha quince de julio, cuando se disponía a bañarle, le observó irritados sus genitales y le preguntó; si alguien la había tocado, que le dijera si le estaban tocando su pipí (refiriéndose a la vagina), es cuando la niña le expresó a su abuela \*\*\*\*\* , “que si, manifestándole que era su abuelito \*\*\*\*\* , quien le realizaba tocamientos en su pipí (siendo éste el acusado \*\*\*\*\*); así mismo le confesó la niña que su abuelo le había enseñado bailes y que jugaba en la cama con ella, haciéndole cosquillas en forma de juego, refiriéndole el acusado a la niña, que era lo mismo; “hacerle cosquillas en el sobaco, como ahí en sus partes genitales”. Ante estos hechos la señora \*\*\*\*\* , procedió a consultar a la psicóloga \*\*\*\*\* , quien entrevistó a la niña, a su vez ésta la remite donde la Doctora \*\*\*\*\* , experta en Derecho de Familia y ante los hechos le recomendaron que se pusiera en conocimiento del Ministerio de la Familia. En fecha dieciocho de Julio del año dos mil doce, la señora \*\*\*\*\* , se presentó al Ministerio de La Familia y fue atendida por la Licenciada Delcia Carolina Murillo Zelaya, Analista de Atención Familiar, a quien le expresó lo que estaba sucediendo con su nieta y se procedió a dictar Resolución Administrativa, en fecha veinte de julio del año dos mil doce, donde otorga la tutela provisional de la niña a la señora \*\*\*\*\* , mientras las Autoridades Policiales a través de la Comisaría de la Mujer del Distrito Tres inician las investigaciones, quienes remiten a la niña al Instituto de Medicina Legal, siendo atendida por la Médico Forense, Doctora \*\*\*\*\* y por la Licenciada \*\*\*\*\* , Psicóloga Forense, quien emite respectivo Dictamen Médico Legal de Violencia Sexual N° \*\*\*\*\* , realizado en fecha diecinueve de Julio del año dos mil doce, a la víctima \*\*\*\*\* ., estableciendo en sus conclusiones médico legales; que la menor \*\*\*\*\* ., presenta



historia en su testimonio de vivencia de violencia sexual, señalando como su agresor a su abuelo \*\*\*\*\*. La literatura registra que es suficiente el testimonio de la menor para demostrar el abuso sexual sufrido como un indicador de violencia sexual; así mismo la literatura de la academia americana de pediatría reporta que el noventa y siete por ciento de los niños abusados sexualmente, no se les encontrará evidencia física de lesiones en sus genitales y el Informe Psicológico número 10808-12, emitido por la Licenciada \*\*\*\*\* , concluye que: Presenta afectación que compromete la esfera afectiva de una alteración psicoafectiva de tipo ansiosa con síntomas psicotraumáticos (Síndrome de repetición y evitación) y alteración de la conducta tipo sexualizado. La situación emocional de la niña es consistente con una vivencia de abuso sexual infantil en los términos alegados y de modo coherente con los hechos narrados, lo que conforma afectación a la salud mental e integridad psíquica y requiere tratamiento psicoterapéutico especializado para sanar el daño ocasionado.- Por recibidas las diligencias del Juzgado Séptimo de Distrito Penal de Audiencias de la Circunscripción de Managua, en vía de apelación de la sentencia número cuarenta y seis (46), dictada por el Juez A-quo, en fecha veinticinco de Octubre del año dos mil doce, a las ocho y treinta minutos de la mañana, en la cual se condenó a \*\*\*\*\* , a la pena de DOCE AÑOS por el delito de ABUSO SEXUAL, en perjuicio de \*\*\*\*\* . Por auto dictado a las once de la mañana del día diez de Diciembre del año dos mil doce, se radicaron las diligencias en ésta instancia y se tiene como parte apelante a la Defensora Privada Licenciada KAROLINA VÁSQUEZ MEJÍA y como parte apelada al Licenciado JULIO ARIEL MONTENEGRO, en calidad de Fiscal Auxiliar Penal de Managua, la Audiencia Oral y Pública se efectuó a las nueve de la mañana del día veintinueve de Enero del año dos mil trece, de la cual rola la respectiva Acta en las presentes diligencias.

**EXPRESIÓN DE AGRAVIOS Y PRETENSIÓN DE LA ABOGADA, Licenciada Karolina Vásquez Mejía**, en su calidad de Defensora Privada del sentenciado \*\*\*\*\* , quien expresó los agravios en Audiencia Oral y Pública de la siguiente manera: **PRIMER AGRAVIO:** Sobre evidentes nulidades suscitadas en el proceso penal tanto en los plazos judiciales, como en la falta de repuesta a pedimentos de defectos absolutos y falta de jurisdicción y competencia judicial. Le causa agravio la sentencia apelada: En vista que en escrito presentado el veinte de agosto del año dos mil doce, a las ocho y veintiún minutos de la mañana, el defensor de turno alegó la nulidad del proceso por haberlo llevado a Juicio Oral y Público existiendo defectos absolutos por inobservancia de derechos y garantías que causan indefensión previstos en la Constitución Política, por no existir suficiente sustento de la acusación y falta de indicios racionales para llevar a Juicio Oral y Público al acusado en base a los Arts. 160, 163 numeral 1), 164 y 268 del CPP, y arts. 160, 34 numeral 4), 46



y 52 Cn, porque no se hizo el análisis adecuado y racional de los elementos de convicción que ofreció el Ministerio Público en su intercambio de información y prueba, porque de haberse dado un adecuado análisis nunca se hubiera remitido a Juicio Oral y Público al acusado, todo debido al siguiente alegato que en síntesis da entender lo siguiente: Según los hechos, supuestamente la abuela de la víctima \*\*\*\*\*, descubrió una irritación en los genitales cuando la bañaba y eso llevó a determinar que el abuelo \*\*\*\*\* había tocado a la menor, o sea que todo nace porque hubo tocamiento, luego la testigo técnico Psicóloga particular Dra. \*\*\*\*\*, descubre que la niña no quiere regresar a casa del padre biológico porque su papá le pega con la faja y que no le gustaba que su abuelito \*\*\*\*\* le tocara su pipí, luego la prueba pericial del Ministerio Público del dictamen de la perito del Instituto de Medicina Legal Dra. \*\*\*\*\*, en el último punto de su dictamen estableció que en el cuerpo de la menor no se encontraron lesiones que correspondan a tocamientos lúbricos (así mismo el dictamen no mencionó para nada huellas de fajazos) que por ello las testimoniales de la abuela, de la psicóloga particular la Dra. \*\*\*\*\*, eran contradictorias porque dos testigos particulares dicen que hubo tocamientos lúbricos y la perito Forense dice que no hay señales de tocamientos lúbricos. Sobre estos alegatos el defensor anterior solicitó la nulidad y pidió que fuera tramitada en Audiencia para conocer y resolver, sin embargo el Juez A quo nunca atendió lo solicitado por la defensa, nunca rechazó o admitió tramitar la nulidad, por lo que violó el derecho a la defensa y a disponer de medios adecuados para la defensa, se violó el art. 34 numeral 4 Cn, así mismo se violó el art. 52 Cn, por haberse negado el derecho a ser escuchado. Es nula la sentencia y todo el proceso, porque se han inobservado los derechos humanos art. 46 Cn, se ha violado el debido proceso, el respeto a la vida art. 23 Cn, el derecho a la seguridad del acusado art. 25 numeral 2 Cn. Me causa agravio la sentencia apelada en el punto VI sobre los plazos. Es nula la sentencia apelada y es todo el proceso y así pido que sea declarado porque se han violado los plazos legales, por lo que se viola el debido proceso, el principio de legalidad y la seguridad jurídica art. 34 numeral 8) y 160 Cn, tales garantías constitucionales han sido inobservadas porque el proceso duró tres meses y tres días, lo que confesó el A quo en el punto VI de la sentencia apelada ver el folio 378, donde él A quo dice que en el proceso se han observado los plazos legales, “han transcurrido tres meses y tres días con acusado detenido contados desde la primera Audiencia hasta el último día del Juicio Oral y Público



a la luz del art. 134 CPP, continúa diciendo el Juez inferior y afirma que en el presente caso hay tiempo atribuible a la defensa. Causa agravio que afirme que hay tiempo atribuido a la defensa, eso es falso, lo que puede ser probado con la simple lectura del expediente, donde en ninguno de sus pasajes existe demora atribuida a la defensa porque la suscrita y ninguno de los defensores anteriores han solicitado demora. Es por ello que la sentencia se hace nula absoluta y pido que así sea declarada; así mismo pido que se declare la nulidad de todo el proceso por haberse violado los términos legales debido a que el proceso duró en su totalidad tres meses y tres días sin existir demora atribuida a la defensa, según el art. 134 CPP, el proceso con acusado preso como es el caso, deberá pronunciarse veredicto o sentencia en un plazo no mayor de tres meses contados a partir de la primera audiencia, en el caso sub lite, el mismo sentenciador es confeso que el proceso duró tres meses y tres días contados a partir de la primera audiencia y siendo que existe demora atribuida a la defensa; en consecuencia, el fallo de culpabilidad y la sentencia definitiva son nulos absolutos y así os pido que sea declarado. En cuanto al plazo del Juicio Oral y Público, también se violó el debido proceso, el principio de legalidad y la seguridad jurídica, porque él A quo violó el art. 288 CPP, norma adjetiva penal que establece; que el Juicio Oral y Público se realizará en un plazo máximo total de diez días, en el presente caso el Juicio Oral y Público se inició el día nueve de Octubre del año dos mil doce y concluyó el veintitrés de Octubre del año dos mil doce, día que se dictó el veredicto, en este caso sin incluir los días sábados y domingos, el juicio tenía que concluir el veintidós de Octubre del año dos mil doce; sin embargo concluyó el día veintitrés de Octubre del dos mil doce, o sea que duró en su totalidad once días, por lo que se ha inobservado las garantías constitucionales establecidas en los arts. 160 y 34 numeral 8 Cn, porque el fallo fue emitido un día después de haberse vencido el término establecido en el art. 288 CPP. Por lo que al inobservarse las garantías constitucionales, se viola el debido proceso y tanto el veredicto como la sentencia de término se hacen nulas absolutas y así os pido sea declarado. Me causa agravio la sentencia apelada en que la misma es nula absoluta porque él A quo a partir del día treinta y uno de Julio del año dos mil doce, dejó de ser competente para conocer juicios de especialidad de violencia, no podía seguir conociendo el asunto, ya que el día treinta y uno de Julio del año dos mil doce, las juezas de Distrito Especializado en Violencia fueron juramentadas y al día siguiente treinta y uno de Julio del año dos mil doce, todos los jueces



que estaban conociendo delitos de violencia conforme la ley 779, tenían la obligación de remitir los autos a los nuevos jueces juramentados de acuerdo con la Ley 779. **SEGUNDO AGRAVIO:** Sobre los hechos acusados y la falta de prueba de los mismos en el desahogo de la prueba de cargo y de descargo.- (La Defensa en su escrito de expresión de agravios relaciona los hechos acusados por el Ministerio Público).- Es evidente que ante tales hechos acusados, se espera de parte de los usuarios de la justicia el enfrentar un debido proceso, que no es más que el debido respeto a garantías constitucionales y procesales previamente descritas en la ley penal sustantiva y adjetiva, a su vez se espera que la prueba fluya en el orden de las proposiciones fácticas elaboradas o expuestas por la parte acusadora (Ministerio Público); sin embargo la prueba desahogada en Juicio Oral y Público estuvo lejos de probar los supuestos abusos sexuales, puesto que en ningún momento se presentó en Juicio Oral y Público prueba alguna que indicara que mi representado realizara actos de tal naturaleza antijurídica, sino que en Juicio Oral y Público en lo que a prueba de cargo se refiere estuvo limitada al relato sesgado de la abuela materna de la víctima.- **TERCER AGRAVIO:** Sobre la valoración de la prueba y la falta de aplicación del criterio racional frente a la duda razonable. Es menester señalar que la Autoridad Judicial sentenciadora no fundamentó en su resolución definitiva el porqué del sustento del delito de abuso sexual que involucrara de forma directa, ni indirecta a mi representado, sino que se limitó a expresar sus razones de derecho para condenar por este tipo penal. No obstante para esta representación constituye un significativo agravio en detrimento de la obligación de motivación y fundamentación de la prueba en las resoluciones judiciales; no basta invocar lo ocurrido en las actas de Juicio Oral y Público, sino que nuestra legislación obliga al juzgador a explicar el porqué de su decisión de condena o absolución mediante el uso de la experiencia humana, los principios básicos de psicología que son los componentes del criterio racional. **CUARTO AGRAVIO:** Sobre la pena impuesta a mi patrocinado en contravención al principio de proporcionalidad. Refiere que le causa agravio a su representado el discurso del juez sentenciador en lo relativo a la imposición de la pena, ya que no realizó ningún tipo de fundamentación de la misma, además que no establece en su resolución criterios y pedimentos que fueron efectuados por esta defensa en el debate de la pena, ni realizó ningún análisis sobre la inexistencia de agravantes ni atenuantes de responsabilidad penal.



**CONTESTACIÓN DE AGRAVIOS Y PRETENSIÓN DEL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO Licenciado JULIO ARIEL MONTENEGRO:** Hay un primer punto relativo al sustento de la acusación, la defensa encuentra que no son suficientes los fundamentos para que esta cumpliera con los requisitos, sin embargo, el Ministerio Público debe manifestar que dicha acusación cumplía con los requisitos fácticos, jurídicos y de elementos probatorios que hacen que dicha acusación sea admitida por la autoridad jurisdiccional en ese momento, es decir, cada afirmación fáctica estaba sustentada con los respectivos elementos probatorios, solo para efecto de admisión de lo que era esa imputación en contra del acusado. Así mismo, dentro de ese mismo primer agravio la defensa hace alusión al término de duración del proceso, sin embargo, basta con hacer una revisión para percatarse que al momento de hacer el cambio de defensa de la Doctora Karolina Vásquez se pide un tiempo adicional y ese tiempo es atribuido a la defensa y no prospera el reclamo de la misma. También referido al tiempo de la valoración de la prueba, que una vez iniciado se puede establecer una duración máxima de diez días, es decir, un día once, en este caso es verificable con los artículos 290 y 288. Así mismo se hace un reclamo a la autoridad que conoció el presente es decir al Ministerio Público, que una vez iniciado el proceso, el mismo juez competente que conoció desde el inicio y no un juez distinto, porque se estaba alegando al momento del nombramiento de los jueces especializados tendría que ser cambiado, lo cual no es posible, dentro de un proceso de consecución donde un juez conoció al inicio tiene que conocer las posteriores etapas hasta concluir ese proceso, evidentemente, los que fueron nombrados en la sala especializada debían cubrir sus casos a partir de su nombramiento así que tampoco tiene cabida ese reclamo. También lo referido al punto del estado de salud del procesado, y de las nulidades, no concuerda en el presente caso, es decir que la defensa haga las peticiones pertinentes al instituto de medicina legal, verifique si esta persona está afectada por una dolencia o peligra su vida en régimen carcelario y habría una ejecución diferida, pero debe ser sustentado por el dictamen médico legal. En cuanto al segundo agravio, refiere la defensa de que la prueba no fue decisiva, sin embargo lo esencial de la prueba radica en el elemento que se obtuvo de la niña por la técnica aplicada por la psicóloga e incluso hubo una segunda especialista que verificó dicha circunstancia y a través de entrevistas especiales para este tipo de niñas de \*\*\*\*\* años a través de juegos y otras mecánicas se logró establecer el daño; hay que tomar en cuenta que este tipo de



casos no puede ser tan sugestionable un niño, lo que queda presente en la memoria de éste infante es la experiencia vivida, tampoco se le va agravar una conducta, había un movimiento sexual y palabras que estaban en desenfoco con la edad de la niña, debe ser considerado por vuestras autoridades que hubo una situación que afecto a la menor. En cuanto al agravio tercero refiere la defensa la duda razonable, en el presente caso hablamos de lo que se obtuvo a través de la entrevista que se efectuó por los especialistas en relación con la información de la menor objeto de abuso y la declaración de testigos que la complementen, deben considerarse lo que dice el Dr. Javier Rodríguez quien establece: “que con un simple testimonio se puede encontrar la verdad y el testimonio que han sido objeto de ese daño, son las más idóneas” y en este caso por ser una niña es a través de los especialistas que se incorpora dicha experiencia vivida, por tanto estima el Ministerio Público, que no existe duda razonable al respecto. En cuanto a la pena establecida en el artículo 172, es claro y al respecto cuando se trata de niñas, niños y adolescentes se podrá poner el máximo de la pena en este caso 12 años. Que se hagan trámites correspondientes para el dictamen médico legal y se pueda proceder conforme a derecho y garantizar que no tenga un problema grave en su salud, por lo que solicito no se dé lugar a la pretensión y si se estime en lo relativo a la salud.

### **FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA y NORMAS APLICABLES:**

#### **I**

Esta Sala Penal Especializada en Violencia y Justicia Penal de Adolescentes que conoce del presente asunto penal y resolverá lo que en derecho corresponde, de previo examina si el recurso que nos ocupa satisface los requisitos que deben contener como medio de impugnación; en este contexto el Arto. 380 CPP, regula el derecho de las partes de impugnar las sentencias dictadas en primera instancia, en el caso sub judice se cumple con este requisito en razón que la parte recurrente en este caso, la defensora técnica, es quien ataca la sentencia dictada a las ocho y treinta minutos de la mañana del día veinticinco de Octubre del año dos mil doce, por el Juez Séptimo de Distrito Penal de Audiencias de la Circunscripción de Managua; por su lado el Arto. 362 CPP, legitima el derecho de recurrir a aquellas partes del proceso que se sienten agraviadas, por lo que al tratarse de la Abogada Defensora, la misma está facultada y legitimada para interponer el recurso; igualmente, con relación al objeto del mismo, al leer el escrito recursivo, la magistrada y los Magistrados que integramos la Sala Penal Especializada, consideramos que se cumple con el requisito de impugnabilidad objetiva planteado por la ley y



después de examinar la expresión de agravios y su contestación, procedemos a resolver el fondo de dicho recurso.-

## II

En relación al primer punto de impugnación esta Sala Penal Especializada rechazará todos y cada uno de los alegatos planteados por las siguientes razones: Durante la etapa de la Audiencia Inicial no es propicio que el Juez entre a valorar la prueba intercambiada por la parte acusadora sino que bastará que a partir de la información contenida en el escrito de intercambio de información y pruebas llegue a la convicción que la prueba es capaz de establecer indicios racionales suficientes de responsabilidad penal y no pretender hacer una valoración a priori porque para eso existe una etapa a posteriori; además no puede depararle perjuicio a la parte apelante la remisión a Juicio del acusado \*\*\*\*\*, por ser una decisión judicial contra la cual no opera recurso alguno; en éste mismo orden de ideas no pueden referir que la sentencia definitiva condenatoria y el proceso penal en su conjunto revistan de nulidad por violación a los términos de duración del proceso en éste caso el art. 134 CPP, es categórico en señalar los términos de duración de proceso con reo detenido o no detenido y en el caso sub judice por existir prisión preventiva debió dictarse sentencia dentro del término de los tres meses contados a partir de la celebración de la Audiencia Preliminar que fue el día veintitrés de Julio del año dos mil doce y el Juez dicta su fallo el veintitrés de Octubre del año dos mil doce y dicta sentencia el día veinticinco de Octubre del año dos mil doce, además solo basta ver que hubo un atraso atribuible a la defensa del día cuatro al día ocho de Octubre del año dos mil doce, por lo que no hubo ninguna detención ilegal y en el hipotético caso se hubieran violado los tres meses de ley, el juicio y la sentencia tendrían toda la validez procesal. Tampoco se violó el debido proceso, en este sentido la parte apelante yerra al establecer que el Juicio no se celebró dentro de los diez días, porque de conformidad con el art. 288 CPP, el juicio se podrá suspender las veces que sea necesario, siempre y cuando entre cada suspensión no pasen más allá de los diez días; además la parte apelante debió computar el término atendiendo al art. 128 CPP, en su inciso 2); así mismo este Tribunal Colegiado debe rechazar el agravio referido por la parte recurrente porque a su entender a partir del treinta y uno de Julio del año dos mil doce, dejó de ser competente el Juez sentenciador por razones de la Especialidad, en el sentido que a partir de esta fecha ya habían sido juramentadas las Juezas de Distrito Especializadas en Violencia, lo que a nuestro criterio adolece de toda lógica, en vista que el



Juez a quo fue debidamente mandatado por acuerdo de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia para iniciar todos aquellos procesos vinculados a la Ley 779 y que independientemente que tomarán posesión las Juezas Especializadas, el Juez sentenciador estaba en la obligación de concluir dichos procesos, lo que en la práctica forense se venía cumpliendo.

### III

La parte apelante refiere concretamente en un segundo agravio que la prueba desahogada en el Juicio Oral y Público estuvo lejos de probar los supuestos abusos sexuales y que en ningún momento se presentó prueba alguna que indicara que su representado realizara actos de tal naturaleza jurídica; esta afirmación a criterio de esta Sala Especializada debe ser rechazada en vista que el fallo de culpabilidad obedeció a la información brindada por la prueba evacuada durante el juicio, de manera sucinta se valoró la declaración de la abuela materna de la víctima \*\*\*\*\*, quien de manera categórica expresó que la niña presentaba una infección en sus partes íntimas, que presentaba un lenguaje sexualizado y movimientos masturbatorios, no quería regresarse a la casa de su padre y que lloraba cada vez que éste la llegaba a traer, que un día cuando la bañaba notó que tenía sus partes íntimas irritadas, enrojecidas y que se quejaba de ardor y dolor y que al preguntarle que si alguien le toco su pipí está le contestó que su abuelito \*\*\*\*\* le tocaba su pipí. Al igual la declaración de la Psicóloga \*\*\*\*\*, la perito al atender a la niña, con sus técnicas le expresó que su abuelito \*\*\*\*\* le tocaba su pipi y a ella no le gusta porque le arde y le pica, le demostró como se lo toca, expresando la Especialista que una niña de \*\*\*\*\* años va a decir esas cosas si en realidad las vivió, si estuvo en esa situación; también declaró la Psicóloga Forense \*\*\*\*\*, quien al valorar a la niña la encontró colaboradora, congruente, activa, expresiva, le expresó que le picaba su parte vaginal y que se le pone rojo, cuando su abuelo \*\*\*\*\* se lo toca, le menciona el lugar de los cocos y dice que le toca su pipi con el dedo, muestra como le hace. También tenemos la declaración de la Médico Forense \*\*\*\*\*, dentro de sus declaraciones estableció que no encontró lesión en el área pre genital, pero si en el área genital encontró enrojecimiento compatible con gingivitis vaginitis, no descarta que la infección vaginal que tiene la menor sea por tocamientos, pero tampoco lo confirma, pero está dentro de las posibilidades o probabilidades; estas pruebas a criterio nuestro son contundentes, las que valoradas en su conjunto con el resto de pruebas le permitió al Juez a quo llegar a la convicción, al nivel de certeza absoluta que el acusado \*\*\*\*\*, había



abusado sexualmente de la menor \*\*\*\*\*.- En este mismo orden podemos ubicar un tercer agravio referido por la parte impugnante relativo a la supuesta falta de valoración de la prueba y falta de aplicación del criterio racional; en este contexto consideramos apropiado decir que el Juez sentenciador hace un análisis intelectual de cada prueba producida en el Juicio y las valora de manera coetánea, es decir en su conjunto, utilizando el sistema de valoración de pruebas propio del sistema acusatorio, que es atendiendo a su criterio racional, en donde puso en juego las máximas de su experiencia, la lógica, ciencia y psicología, de tal forma que a como hemos aseverado su decisión o fallo lo hace sobre la base de los hechos acusados y de la información brindada por las distintas pruebas, encontrando total congruencia entre los hechos acusados y los hechos probados. La prueba en el proceso penal es la que impacta en la conciencia del Juez y lo conduce al conocimiento de la verdad, acerca de la existencia del hecho y sus formas de realización. A esa verdad arriba el Juez mediante la reconstrucción histórica material del mismo y en su apoyo vendrá el método de la libertad de prueba que le permitirá conocer la verdad. Ésta última es la adecuación del conocimiento a la realidad objetiva y la verdad aprendida por la mente del Juez por medio del proceso psíquico integra la certeza. La verdad es objetiva y la certeza subjetiva. (La verdad según Mittermaier, es el estado de entendimiento que tienen los hechos por verdaderos, luego de rechazar victoriosamente todo los objetivos contrarios). La firme creencia de poseer la verdad nos conducirá al estado de certeza que puede ser positiva o negativa, pero para arribar a ese estado de certeza se producen estados intelectuales intermedios, conocidos como: Duda, probabilidad e improbabilidad. El fallo judicial en el caso sub judice está íntimamente vinculado a la prueba que se produjo en el proceso penal y que condujo al Juez al conocimiento de la verdad material (hechos), de lo que se deduce que es una decisión judicial que emana de un estado intelectual del Juez.

#### IV

Un último agravio hace referencia a que se ha afectado el principio de proporcionalidad al imponer una pena de doce años de prisión. A criterio de este Tribunal la pena de doce años de prisión por el delito de Abuso Sexual, en este caso, adolece de fundamentación necesaria porque no es posible la consideración de circunstancias agravantes genéricas que la misma ley considera a efecto de sancionar el acto punible. Conforme el art. 79 CP, se establece la



inaplicabilidad de circunstancias agravantes genéricas para estos casos, por cuanto la superioridad y la relación de confianza que se alude, son propias del tipo penal de violación agravada en el art. 169 CP, que desde el tipo penal de Abuso Sexual se hace la referencia, precisamente para estatuir una pena de doce años de prisión. Vale en consecuencia, para el establecimiento de una sanción específica, pero no para sustentar el concurso de agravantes genéricas. No obstante lo anterior, no es posible desconocer la concurrencia de circunstancias atenuantes cualificadas y análogas en el presente caso, como sería la inexistencia de antecedentes, la condición de persona valetudinaria que se deriva de la comprensión de los múltiples problemas de salud crónicos que le aquejan y que el deterioro mismo de la salud en la persona del acusado ha sido notoria y manifiesta a lo largo del proceso, que ha requerido de asistencias médicas y tratamientos médicos especializados. La descompensación que presenta últimamente requiere y exigen de cuidados médicos urgentes, que en razón de la tutela de derechos humanos fundamentales no puede desdejar la consideración de valetudinaria y con ello considerarla una atenuante cualificada. Sumados los elementos relacionados como atenuantes análogas (no antecedentes, edad y deterioro franco de su salud), somos del criterio de aplicar la regla del art. 78 inciso d) CP, para establecer una pena atenuada en su mitad superior que debió haber sido considerada por el Juez de Instancia y en este aspecto damos razón al agravio expuesto de la desproporción de la pena en el caso sub judice.-

## V

La víctima \*\*\*\*\*., está protegida por la Declaración de los Derechos del Niño del veinte de Noviembre de 1959, a partir del cual se construye el interés superior del niño y la niña y que literalmente dice en su Arto. 8 “El niño debe en todas las circunstancias figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”, luego la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la ONU el veinte de Noviembre de 1989 y aprobada por nuestro país, debidamente ratificada por la Asamblea Nacional el cinco de Octubre de 1990, mandatándose adoptar una legislación que tutele de manera efectiva los derechos del niño y la niña; por ello se aprueba el Código de la Niñez y la Adolescencia que en sus artículos 10 y 26 impone no solo al Estado, Sociedad y Comunidad; sino que también a los padres de familia la obligación de protegerlos, procurando en todo momento su desarrollo y bajo cualquier circunstancia hacer prevalecer el interés superior del niño y la niña en lo que



favorezca su pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural y social; consonante con su evolución.- Es importante señalar que la víctima a pesar de ser una niña ante es una mujer y si bien este sector mujer, tienen todos los derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos y en el Derecho Constitucional, estos instrumentos por sí solos eran insuficientes para dar una respuesta adecuada a la diversidad, especificidad y complejidad de la problemática de la mujer. Por lo que para construir una sociedad realmente igualitaria era indispensable, adoptar instrumentos especiales para las mujeres que consideraran su vulnerabilidad, tanto en las esferas públicas como privadas, que reconocieran sus necesidades particulares y que garantizaran eficazmente la eliminación de las inequidades históricas y las injusticias estructurales que experimentan las mujeres por el único hecho de ser mujer, razón por la cual el Estado a través del Poder Legislativo, promulgó la Ley 779, Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley número 641, Código Penal, como una ley específica. Los instrumentos de derechos humanos de la mujer rompen con el sistema de jerarquías, de subordinación y discriminación entre los géneros comprometiendo a los Estados y haciendo extensivo a la sociedad en general, al respeto de las normas, costumbres y prácticas que garanticen una real igualdad entre el hombre y la mujer. Esta igualdad debe alcanzarse reconociendo sus diferencias, así como identificando y generando respuestas a las inquietudes y necesidades de la mujer. En el presente caso se tiene presente que el artículo 1 de la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” define dicha discriminación como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o como resultado menoscabar o anular el reconocimiento, el goce o el ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil y sobre la base de la igualdad entre los sexos, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil, o en cualquier otra esfera. Así mismo, las mujeres tienen derecho a vivir en un sistema social en el que no existan relaciones de poder basadas en el género, **a una vida libre de violencia, en el presente caso; en el ámbito privado**, a vivir sin discriminación alguna, a ser valoradas sin estereotipos de conductas y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación entre los sexos. En este contexto la Convención de Belém Do Pará, afirma que la obligación de actuar con la debida diligencia adquiere una connotación especial en casos de violencia contra las mujeres. Esta Convención refleja una preocupación similar en todo el hemisferio sobre la gravedad del problema de la violencia contra las mujeres, su relación con la discriminación históricamente sufrida y la



necesidad de adoptar estrategias integrales para prevenirla, sancionarla y erradicarla. Tomando como base nuestra Constitución Política, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres; la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Ley Integral contra la Violencia hacia la mujer y nuestro Código Procesal Penal, la Magistrada y los Magistrados miembros de esta Sala Penal Especializada, consensuamos REFORMAR la sentencia dictada por el Juez Séptimo de Distrito Penal de Audiencias de Managua, por considerar la desproporcionalidad de la pena impuesta.-

## VI

Ésta Sala entra a considerar lo relativo a la medida privativa de libertad que en este momento tiene el acusado \*\*\*\*\* , en este contexto se trata de una persona de \*\*\*\*\* años de edad, que según el último dictamen médico Forense, emitido por el Doctor \*\*\*\*\* , el día trece de Marzo del año en curso, establece en sus conclusiones que por sus cifras de presión arterial y descompensación de su diabetes mellitus se recomienda valoración y tratamiento por medicina interna del MINSA, la toma diaria de los signos vitales, valoración por consulta externa de Urología en el MINSA, conociendo que durante todo este proceso el acusado ha entrado en etapas de compensación y descompensación que lo ha puesto en peligro inminente de muerte, reconociendo que ante todo el derecho penal es humanitario, así las Naciones Unidas ha creado instrumentos internacionales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad conocidas como las Reglas de Tokio y que se refieren a la justicia penal en general, estas al igual que las Reglas de Beijing reafirman el principio que las medidas privativas de libertad deban ser la última ratio a aplicar por los órganos jurisdiccionales tanto a adultos como a adolescentes y nos ofrecen elementos para establecer mecanismos de aplicación a las medidas no privativas de libertad, en nuestro medio además de observar las reglas anteriores, también existe una norma adjetiva ordinaria que de manera puntual nos indica en el art. 176 CPP, que se podrá sustituir la prisión preventiva por una prisión domiciliaria, entre los supuestos se encuentran el hecho de tratarse de una persona valetudinaria, por lo que en aras de reconocer y hacer valer esos derechos humanos en la persona del señor \*\*\*\*\* , se le sustituirá la prisión preventiva por una detención domiciliaria.-

### POR TANTO:

Por todo lo antes expuesto, consideraciones hechas y de conformidad con los artículos 34, 158, 159, 160 y 167 Cn.; Artículos 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las



formas de discriminación contra la mujer; artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Arto. 35, 36, 81 y 172 Código Penal, arts. 1, 5, 128, 134, 153, 176, 369, 380, 381, 383, 385 CPP; artículos 1, 4 y 8 de la Ley Integral Contra la Violencia hacia las Mujeres, Ley 779 y art. 13 de la LOPJ; **LOS MAGISTRADOS Y MAGISTRADA INTEGRANTES DE LA SALA PENAL ESPECIALIZADA EN VIOLENCIA Y JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTES DEL HONORABLE TRIBUNAL DE APELACIONES, CIRCUNSCRIPCIÓN MANAGUA, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA, RESOLVEMOS: I. HA LUGAR A REFORMAR PARCIALMENTE LA APELACION** interpuesta por la Licenciada Karolina Vásquez Mejía, en su calidad de defensora técnica privada del sancionado \*\*\*\*\* , en contra de la Sentencia dictada por el Juez Séptimo de Distrito Penal de Audiencias de Managua, a las ocho y treinta minutos de la mañana del día veinticinco de Octubre del año dos mil doce, en lo referente a la pena de doce años de prisión **SE REFORMA** condenándosele a la pena de **OCHO AÑOS DE PRISIÓN**, por la autoría del delito de **ABUSO SEXUAL**, en perjuicio de \*\*\*\*\* . **II. SE CONFIRMA el fallo de culpabilidad en contra del reo \*\*\*\*\* , por el delito cometido.** **III. Se sustituye la prisión preventiva por la detención domiciliaria la que deberá cumplir el acusado en su casa de habitación ubicada en ésta ciudad, ORDÉNESE la libertad inmediata de \*\*\*\*\* , debiéndose girar copia certificada de la parte resolutive de esta sentencia al Director del Sistema Penitenciario Jorge Navarro para su cumplimiento y demás efectos de ley. Para asegurar los fines del proceso penal en el sentido que este seguirá enfrentando el mismo, procédase a circularlo para su retención migratoria, al efecto ofíciase a la Dirección de Migración y Extranjería para que se le impida la salida del país.** **IV. COPÍESE Y NOTIFÍQUESE** y con testimonio concertado de lo resuelto, regresen las presentes diligencias a su lugar de origen y se le recuerda a las partes el derecho que les asiste de recurrir contra esta resolución. **(F) J. F. VEGA., S. M. P. P., M. QUEZADA., B. ZELAYA (SRIO. POR MINISTERIO DE LEY).**



# RECURSO DE CASACION

## REDUCCION DE PENA

**PAÍS:** Nicaragua

**TRIBUNAL:** Suprema Corte de Justicia. Sala en lo Penal.

**MATERIA:** Penal

**DERECHOS VINCULADOS (PALABRAS CLAVES):** Recurso de casación; reducción de pena; cómputo de atenuantes; bis in idem.

### BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS

La defensa pública interpone recurso extraordinario de casación contra sentencia de la Sala Penal Número Uno del Tribunal de Apelaciones Circunscripción Managua. El fundamento radica en la errónea aplicación de la norma penal sustantiva en la sentencia de segunda instancia, por la que se condenó al acusado a 29 años de prisión. Alega que no se consideraron dos atenuantes que debieron incidir en la regulación de la pena, concretamente, la minoría de edad del acusado y la inexistencia de antecedentes penales. Además, en la individualización de la pena, se aplicaron dos veces las circunstancias agravantes de la responsabilidad (alevosía y ensañamiento), infringiendo el principio de no bis in idem, prohibido por la Constitución y las leyes ordinarias, en tanto estas circunstancias ya son reconocidas por el legislador para elevar el grado de la pena (con un guarismo de 20 a 30 años de prisión). La Suprema Corte recoge los agravios de la defensa, modificando la pena impuesta y condenando al acusado a 23 años de prisión.

**OBSERVACIONES:** Se aplica el efecto extensivo a otro acusado que no había presentado el recurso, reformándose también la pena a su favor.



*Efecto extensivo del Recurso Extraordinario*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**Sala de lo Penal**

Dirección: Defensoría Pública. Complejo Judicial Nejapa. Managua.

No. Reg. C.S.J. 7295-ORM4-17

**CEDULA JUDICIAL**

Yo, Lic. Juan Carlos López de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal, a usted Lic. MARTHA GISELA OCÓN PRADO, en calidad de Defensora Pública, por medio de la presente Cédula, le hago saber: que en RECURSO DE CASACIÓN, promovido en juicio seguido contra el(los) procesado(s) ELIECER YAIR NAVAS, por el(los) delito(s) de ASESINATO, en perjuicio de ARMANDO JOSÉ MALLORQUÍN (QEDP), al efecto se ha dictado la Sentencia que en su encabezado y parte resolutive íntegra y literalmente dice:

**SENTENCIA**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE LO PENAL.** Managua, diecisiete de junio del año dos mil veintidós. Las ocho de la mañana.

**VISTOS,**

**RESULTA:**

Que la Sala de lo Penal de este Supremo Tribunal recibió diligencias de recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora pública Martha Gisela Ocón Prado, defensa del acusado Eliecer Yair Navas, de generales en autos. Recurre en contra de la sentencia de las nueve de la mañana del veintitrés de noviembre del año dos mil diecisiete, pronunciada por la Sala Penal Número Uno del Tribunal de Apelaciones Circunscripción Managua, en la cual se falló dando lugar al recurso ordinario de apelación intentado por la defensa, y reforma la sentencia dictada en primera instancia en relación al quantum de la pena e impone la pena de veintinueve años de prisión al acusado Eliecer Yair Navas por ser autor del delito de asesinato en perjuicio de Armando José Mallorquín (q.e.p.d.). La sentencia de primera instancia fue dictada por el Juzgado Séptimo de Distrito Penal de Juicio de Managua, a las siete y veinte minutos de la mañana del veintiuno de junio del dos mil diecisiete en la que se declaró culpable e impone la pena de treinta años de prisión al acusado Eliecer Yair Navas por ser autor del delito de asesinato en perjuicio de Armando José Mallorquín (q.e.p.d.). Por su parte la Sala de lo Penal de este Supremo Tribunal, mediante auto de las diez y cuarenta y cuatro minutos de la mañana del siete de abril del dos mil veintidós, radicó las presentes diligencias dándole trámite que señala la ley para este Recurso Extraordinario, teniéndose como recurrente a la licenciada Martha Gisela Ocón Prado defensa del acusado Eliecer Yair Navas, de generales en autos y como parte recurrida al licenciado Lenin Rafael Castellón Silva en representación del Ministerio Público de Managua. Haciendo examen de los autos, esta Sala encuentra que se expresaron y contestaron los agravios por las partes procesales por lo que se remitieron las diligencias a estudio y resolución conforme las voces del artículo 369 del Código Procesal Penal, y sin celebración de audiencia oral y pública, por lo que;

**CONSIDERANDOS:**

La defensa pública del acusado Eliecer Yair Navas, ampara su motivo de agravio en la causal segunda del Art. 388 CPP referido a errónea aplicación de la norma penal sustantiva en la sentencia de segunda instancia. Aduce que, primariamente a su representado se ha condenado a la pena de treinta años de prisión por el delito de asesinato bajo la concurrencia de dos circunstancias agravantes de responsabilidad criminal como son alevosía y ensañamiento. Que recurrió de apelación por cuanto el juez de sentencia no reconoció la existencia de dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal como son la minoría de edad del acusado y la inexistencia de antecedentes penales. Que otro error cometido por el juez de sentencia, fue que en la individualización de la pena aplicó dos veces las circunstancias agravantes de responsabilidad criminal de alevosía y ensañamiento, tanto en la calificación jurídica como en la individualización de la pena infringiendo el principio de No Bis In Idem, prohibido en la Constitución Política y leyes ordinarias. Que el Tribunal de segunda instancia ha reconocido el error del juez de sentencia, declaró que existen dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal como son la minoría de edad del



acusado y la inexistencia de antecedentes penales, rechazó la aplicación reiterada de dos veces las circunstancias agravantes de responsabilidad criminal de alevosía y ensañamiento, pero se volvió a equivocar en cuanto a la regla de aplicación de pena y que aunque no lo dice de forma expresa, individualizó la pena conforme el inciso a) del Art. 78 CP. Que en criterio de la defensa, la regla de aplicación de la pena debía ser la establecida en el inciso c) del Art. 78 CP, donde el rango de pena oscila entre veinte y veinticinco años de prisión, por lo que en su criterio la pena debe ser reformada e imponer veinte años de prisión como pena mínima al existir dos circunstancias atenuantes en favor de su representado.

II  
De la lectura del agravio, del estudio de la sentencia y de la norma penal aplicable, se debe acoger el agravio porque ambas instancias se han equivocado en la individualización de la pena impuesta al acusado. Para ello iniciamos diciendo que el hecho de muerte, donde se ha privado de la vida a la víctima Armando José Mallorquín (d.e.p.d.) ocurrió el dos de abril del dos mil dieciséis y a esa fecha de ocurrencia, el delito de asesinato previsto en el Código Penal no había experimentado reforma alguna, por tanto; es la norma penal sustantiva aplicable al caso concreto. Por este motivo es de vital importancia citarla: "Art. 140 Asesinato: "El que privó de la vida a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: a) Alevosía; b) Ensañamiento; c) Precio, recompensa o promesa remuneratoria. Se le impondrá una pena de quince a veinte años de prisión. Cuando concurren dos o más de las circunstancias señaladas en este artículo, el responsable de asesinato será penado con prisión de veinte a treinta años." De la citada norma, y del reconocimiento de ambas instancias y de la defensa recurrente, se ha establecido que hay dos circunstancias agravantes de responsabilidad criminal de alevosía y ensañamiento. Dicho esto y no siendo motivo de agravio, decimos que la individualización de la pena, parte del segundo párrafo de citado artículo 140: "Cuando concurren dos o más de las circunstancias señaladas en este artículo, el responsable de asesinato será penado con prisión de veinte a treinta años." Este es el marco referencial de la pena aplicable al caso concreto. Pero se ha reconocido que existen a favor del acusado dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal como son; la minoría de edad y la inexistencia de antecedentes penales. Con estos hechos, nos remitimos al artículo 78 CP con sus debidas reformas (Ley 779-2012) el cual establece cuatro formas de aplicación de la pena y al efecto citamos: "Art. 78 Reglas para la aplicación de las penas: Los Jueces, Juezas y Tribunales determinarán la pena dentro del máximo y el mínimo que la ley señala al delito o falta, tomando en consideración las siguientes reglas: a) Si no concurren circunstancias agravantes y atenuantes o cuando concurren unas y otras, se tendrán en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. b) Si solo hay agravantes, se aplicará la pena media hasta su límite superior, salvo que lo desaconsejen las circunstancias personales del sujeto. c) Si concurren una o varias atenuantes, se impondrá la pena en su mitad inferior. d) Si concurren una o varias atenuantes muy calificadas, entendiéndose por tal las causas de justificación incompletas del numeral 1 del artículo 35 del presente Código, se podrá imponer una pena atenuada, cuyo límite máximo será el límite inferior de la pena prevista en la ley para el delito o falta de que se trate, y cuyo límite mínimo podrá ser la mitad o la cuarta parte de éste. Los Jueces, Juezas y tribunales deberán, so pena de nulidad, razonar o motivar en los fundamentos de la sentencia la aplicación de la pena." De la citada norma, se desprende la equivocación o yerro del Tribunal de segunda instancia cuando han escogido el inciso a) del Art. 78 reformado, el cual dispone: "Si no concurren circunstancias agravantes y atenuantes o cuando concurren unas y otras, se tendrán en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho." Se han equivocado por cuanto han aplicado dos veces las referidas circunstancias agravantes de responsabilidad penal de alevosía y ensañamiento ya reconocidas por el legislador como circunstancias específicas para elevar el grado de pena, pues el grado de pena o marco referencia es el elevado de veinte a treinta años de prisión. Esto está prohibido por la Constitución Política que prohíbe juzgamiento doble por un mismo hecho. También la norma penal sustantiva cuando en el Art. 79 CP dispone: "Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes específicas que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse." Según nuestro entender, la norma de individualización de la pena aplicable al presente caso es la establecida en el inciso c) del Art. 78 CP que dispone: "Si concurren una o varias atenuantes, se impondrá



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**Sala de lo Penal**

la pena en su mitad inferior.\* Como la pena a imponer es de veinte a treinta años, esta regla c) del Art. 78 CP exige sacar la pena media, la cual se obtiene de la simple operación matemática se sumar los dos extremos de la pena y dividir entre dos:  $20+30=50/2=25$ . Veinticinco años es la pena media. Por lo que la individualización de la pena oscila entre 20 años como límite mínimo hasta 25 años de prisión como límite máximo. Es estricto derecho y tomando en consideración el justo cumplimiento del Principio de Legalidad, somos del criterio que la pena de veintitrés años de prisión es suficiente para el acusado Eliecer Yair Navas. Se acoge el agravio, se reforma la pena y aplicamos el efecto extensivo conforme al artículo 366 CPP el cual dispone: "Cuando en un proceso haya varios acusados y uno de ellos recurra, la decisión favorable será extensible a los demás, a menos que se base en motivos exclusivamente personales."

**POR TANTO:**

De conformidad con lo antes expuesto, disposiciones legales citadas, instrumentos internacionales referidos y artículos 366, 369, 385, 386, 388, 389, 390 y 392 del Código Procesal Penal de la República de Nicaragua, o Ley No. 406, aprobada el 13 de noviembre del 2001, publicada en La Gaceta No. 243 y 244 del 21 y 24 de diciembre del 2001 y sus reformas; artículos; 35, 36 78 (reformado) y 140 del Código Penal o Ley No. 641 publicada en La Gaceta Nos. 83, 84, 85, 86 y 87 del 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo del 2008; Ley N°. 952 Ley de Reforma a la Ley N°. 641, Código Penal de la República de Nicaragua, a la Ley N°. 779, Ley Integral Contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reforma a la Ley N°. 641, Código Penal y a la Ley N°. 406, Código Procesal Penal de la República de Nicaragua; los suscritos magistrados y magistrada de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Nicaragua, resuelven: I) Ha lugar al recurso extraordinario de casación interpuesto por la licenciada Martha Gisela Ocón Prado en calidad de defensora pública del acusado Eliecer Yair Navas, de generales en autos, en contra de la sentencia de las nueve de la mañana del veintitrés de noviembre del año dos mil diecisiete pronunciada por la Sala Penal Número Uno del Tribunal de Apelaciones Circunscripción Managua. En consecuencia, se reforma la sentencia de segunda instancia la cual se leerá así: II) Condénese al acusado Eliecer Yair Navas de generales en autos, a la pena principal de veintitrés años de prisión por ser coautor del delito de asesinato en perjuicio de quién en vida fuera Armando José Mallorquín (q.e.p.d.). III) Aplíquese el efecto extensivo del Recurso Extraordinario a los acusados no recurrentes Junior Manuel Ortega Blandón y Julio César Muñoz, quienes únicamente deberán cumplir -cada uno- con la pena de veintitrés años de prisión por el delito cometido. IV) Cópiese, notifíquese, publíquese y con testimonio concertado vuelvan los autos al lugar de origen.- Esta sentencia se encuentra copiada en tres hojas útiles de papel bond membretado de la Corte Suprema de Justicia y rubricadas por el Secretario de la Sala de lo Penal de este Supremo Tribunal.- (F) A. CUADRA L. (F) ELLEN LEWIN (F) ILEGIBLE (F) MANUEL MARTINEZ S. (F) ANTE MI: J. FLETES L.- SRIO.-

Es conforme y para todos los fines legales notifico a Usted, por medio de la presente Cédula, en la ciudad de Managua, a la(s) Martha Gisela Ocón Prado y Julio César Muñoz y minuto(s) de la tarde del día veinte de Julio del año dos mil diecisiete.

*07/07/2022* *1:1 PM* *Julio*  
FIRMA

En la ciudad de Managua, a las \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ minutos de la mañana del \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ del año dos mil \_\_\_\_\_, notifiqué por medio de cédula judicial la resolución que antecede al Lic. \_\_\_\_\_, leyéndosela íntegramente y que dejé en manos de \_\_\_\_\_ en el lugar señalado para oír notificaciones, quien entendido(a) de su contenido ofreció entregarla al notificado.

\_\_\_\_\_  
Notificador



# VALORACION DE LA PRUEBA

## DELITOS SEXUALES

**PAÍS:** Nicaragua

**TRIBUNAL:** Juzgado Distrito Especializado En Violencia Y Adolescente De León  
Circunscripción Occidente

**MATERIA:** Penal

**DERECHOS VINCULADOS (PALABRAS CLAVES):** Delitos sexuales; valoración de la prueba; indicios.

### **BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS**

Se condena a la pena de 14 años al imputado, quien agredió sexualmente a la víctima durante tres años, desde que ella tenía doce años de edad, hasta que la víctima se traslada a vivir a la República de España. El Juzgado señala al valorar la prueba que es importante afirmar que los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes son cometidos en la clandestinidad, es decir sin la presencia de ninguna persona que pueda observar la agresión sexual. En tal sentido, señala que en el proceso penal tiene importancia extraordinaria este tipo de prueba, pues no siempre es fácil lograr una prueba directa del hecho, y, evidentemente, prescindir de la prueba indiciaria generaría la impunidad de no pocos delitos, incluso, en no pocos supuestos, la prueba indiciaria puede proporcionar una mayor certidumbre que una sola prueba directa.



## SENTENCIA No. 190

### Número de Expediente 001705-ORO1-2019-PN

JUZGADO DISTRITO ESPECIALIZADO EN VIOLENCIA Y ADOLESCENTE DE LEÓN  
CIRCUNSCRIPCIÓN OCCIDENTE. El día veinticinco de septiembre de dos mil diecinueve.  
A las diez y doce minutos de la mañana.

#### I. NOMBRE, APELLIDOS Y DEMÁS DATOS DE LAS PARTES

ACUSADO: \*\*\*\*\*, de \*\*\*\*\* años de edad, domicilio \*\*\*\*\*, León.

VÍCTIMA: \*\*\*\*\*, de \*\*\*\*\* años de edad, \*\*\*\*\*, domicilio \*\*\*\*\*, León.

FISCAL: Lic. Luisa Auxiliadora Treminio Silva.

DEFENSA TÉCNICA: Lic. Karen Elizabeth Zapata Vanegas.

DELITO: Violación agravada.

#### II. ANTECEDENTES DEL CASO.

En fecha diez de julio de dos mil diecinueve, a las once y tres minutos de la mañana, el Ministerio Público presenta acusación en ORDICE en contra de \*\*\*\*\*, por ser presunto autor del delito de Violación a menor de catorce años en perjuicio de \*\*\*\*\*.

En fecha doce de julio de dos mil diecinueve, a las diez y cuarenta y siete minutos de la mañana, se apertura Audiencia Preliminar ante Juez de Distrito Penal Especializado en Violencia y Adolescentes de León; siguiendo las finalidades establecidas en el artículo 255 y siguientes del Código Procesal Penal como son: dar a conocer al detenido la acusación presentada en su contra, resolver sobre la aplicación de las medidas cautelares, y garantizar el derecho a la defensa. Judicial pregunta al acusado si tiene abogado que ejerza su defensa, a lo que contesta que no. Después de constatar la presencia de todas las partes que le dieron solemnidad al acto, se le otorga la palabra a representante del Ministerio Público, quien procede a formular acusación en contra de \*\*\*\*\*, por los delitos de Violación a menor de catorce años, solicita se admita la acusación por reunir los requisitos del artículo 77 del Código Procesal Penal, se imponga medida cautelar de prisión preventiva de conformidad al artículo 167 numeral 1 inciso K del Código Procesal Penal en conjunto



con el artículo 44 de la Ley 745. Judicial admite acusación por reunir los requisitos del artículo 77 del Código Procesal Penal, impone medida cautelar de prisión preventiva, programa fecha para celebración de audiencia inicial y nombra defensor público.

Siendo las once y dos minutos de la mañana del veintiséis de julio del año dos mil diecinueve, se apertura Celebración de Audiencia Inicial, siguiendo las finalidades que establece el artículo 265 y siguientes del Código Procesal Penal. Después de haber constatado la presencia de todas las partes que le dan solemnidad al acto, se le da intervención a la representante del Ministerio Público quien procede a dar lectura al intercambio de información y prueba, solicita se admita todos y cada uno de los elementos ofrecidos, se remita la causa a Juicio Oral y Público, se citen a los testigos y peritos propuestos, se mantenga medida cautelar decretada en audiencia preliminar. Defensa no se opone. Judicial admite intercambio de información y prueba, remite la causa a Juicio Oral y Público, mantiene medida cautelar de prisión preventiva por no haber variado las circunstancias, señala fecha para celebración de juicio oral y público.

En fecha veintiséis de julio de dos mil diecinueve, a las once y treinta y cinco minutos de la mañana, se realiza audiencia de anticipo jurisdiccional de prueba. Ministerio Público procede a evacuar la testimonial de \*\*\*\*\*, quien al momento de su declaración es mayor de edad. Se somete a examen y contraexamen. Al concluir la declaración, fiscal solicita se tenga por admitido, ofrecido e intercambiado el medio de prueba. Defensa no se opone a la forma de ofrecimiento. Juez da por intercambiado el medio de prueba, en base a los Principios de Oralidad y Economía Procesal. Da por cerrada la audiencia. Siendo las diez y cuarenta minutos de la mañana del día veintisiete de agosto de dos mil diecinueve, se apertura celebración de Juicio Oral y Público, ambas partes proceden a realizar sus alegatos de apertura de conformidad a lo establecido en el artículo 303 del Código Procesal Penal. Después de conformidad al artículo 306 del Código Procesal Penal se procede a la evacuación de la testifical de cargo ofrecida por el Ministerio Público, dando su declaración \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, quienes se sometieron a interrogatorio directo y contrainterrogatorio por parte de la defensa. Al no contar con los demás medios de prueba, Fiscal solicita de conformidad al artículo 288 del Código Procesal Penal se programe



continuación de juicio. Defensa no se opone a la solicitud hecha por fiscalía. Judicial da con lugar a la solicitud de fiscalía, programa fecha para continuación de juicio oral.

Siendo las once y ocho minutos de la mañana del dos de septiembre de dos mil diecinueve, se continúa con celebración de Juicio Oral y Público. Fiscalía continúa con su evacuación de prueba de cargo, da su testimonio \*\*\*\*\*, quienes se someten a interrogatorio directo y contrainterrogatorio por parte de la defensa. Al no contar con los demás medios de prueba, Fiscal solicita de conformidad al artículo 288 del Código Procesal Penal se programe continuación de juicio. Defensa no se opone a la solicitud hecha por fiscalía. Judicial da con lugar a la solicitud de fiscalía, programa fecha para continuación de juicio oral.

Siendo la una y veintidós minutos de la tarde del dieciocho de septiembre de dos mil diecinueve, se continúa con celebración de Juicio Oral y Público. Fiscalía continúa con su evacuación de prueba de cargo, da su testimonio \*\*\*\*\* (anticipo), quienes se someten a interrogatorio directo y contrainterrogatorio por parte de la defensa. Finalmente ambas partes procesales realizan sus alegatos de clausura. Judicial declara culpable al acusado \*\*\*\*\* , por el delito de Violación agravada en perjuicio de la víctima \*\*\*\*\* . En el debate de la pena fiscalía solicita la pena máxima. Defensa pide la pena mínima. Juez mantiene medida cautelar de prisión preventiva y da por cerrado el juicio.

### **III. ENUNCIACIÓN DE LOS HECHO Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DEL JUICIO.**

El Ministerio Público acusó por los hechos que a continuación se detallan: “El acusado \*\*\*\*\* actualmente de \*\*\*\*\* años es tío del señor \*\*\*\*\* donde también habita la víctima \*\*\*\*\* la que está ubicada de la \*\*\*\*\* , León. Las fechas del siete al once de junio del año dos mil diez (segunda semana de junio dos mil diez) en horas de la tarde cuando el acusado \*\*\*\*\* se encontraba a solas en la sala de la casa de habitación de la víctima \*\*\*\*\* de \*\*\*\*\* años de edad en ese entonces, ubicada de la \*\*\*\*\* , León. aprovecho que la víctima \*\*\*\*\* se le acercó a ver un reloj de mano que andaba e inició una conversación con la víctima, seguidamente el acusado \*\*\*\*\* procedió a colocarle la mano en la mano de la cintura de la víctima, bajó su mano hasta los glúteos acariciándolos, luego le apretó los pechos encima de la ropa, situación que molestó a la víctima quien trató de retirarse del acusado \*\*\*\*\* , pero fue impedida, ya que el acusado



la abrazó fuerte, preciso momento en que ingresó la abuela de la víctima de nombre \*\*\*\*\* , situación que provocó que el acusado la soltara. Entre las fechas del cinco al once de julio del año dos mil diez (vacaciones inter semestrales) se encontraba en su casa de habitación situada de la \*\*\*\*\* , León, exactamente en el cuarto de visitas cuando se presentó el acusado \*\*\*\*\* quien procedió a desvestir a la víctima \*\*\*\*\* , se le subía encima, le besaba la boca, el cuello, le succionaba los pechos, le aprieta las piernas, la vagina con sus manos y le introducía los dedos en la vagina, le apretó el cuello con sus manos diciéndole que ella era de él, que iba a ser su mujer, que era bonita, que le gustaba, así mismo le refería a la víctima que le tocara su pene, que miraba como lo ponía erecto, que le gustaba su pelo y que no le contara a nadie de lo sucedido. En fecha veinte de enero del año dos mil trece, aproximadamente a las cuatro de la tarde, el acusado \*\*\*\*\* se presentó a la casa de habitación de la víctima \*\*\*\*\* la que se ubica de la \*\*\*\*\* , León. Quien en ese entonces tenía \*\*\*\*\* años de edad y se encontraba durmiendo en su cuarto ubicado en la parte este del pasillo de la casa (segundo dormitorio) e ingresó al mismo procediendo el acusado \*\*\*\*\* a desvestir a la víctima, se le subió encima, le besó el cuello, le succionó los pechos y realizó tocamientos con sus manos al apretarle los pechos, las piernas y le introdujo los dedos en la vagina. Todos estos actos de agresión sexual los realizó el acusado hasta finales de enero del 2013 cuando llegaba de visita a la casa de la víctima \*\*\*\*\* y se encontraba a solas con esta. Cabe mencionar que en febrero del 2013 la víctima \*\*\*\*\* viaja a España y regresa a Nicaragua el 24 de enero del dos mil diecinueve y al llegar la víctima a su casa de habitación la que se ubica de la \*\*\*\*\* León. se encontraba el acusado \*\*\*\*\* quien con el deseo de continuar con los actos de violencia sexual que ejercía en contra de la víctima la saludó con un beso en la \*\*\*\*\* y le dijo al oído que si se acordaba de él, respondiéndole la víctima que no, ante lo cual el acusado le refirió a la víctima que recordaran viejos tiempos, que hicieran el amor, y desde ese momento cada vez que el acusado llegaba a la casa de habitación de la víctima la hostiga manifestándole que vayan al cuarto, que recuerden viejos tiempos, que le dé su número de teléfono y le envíe fotos de ella. Según dictamen médico legal la víctima \*\*\*\*\* presenta evidencia de penetración en vagina de antigua data y según valoración de daños psíquicos la víctima \*\*\*\*\* presenta en el área personal disfunción limitación del estado de funcionamiento de la examinada, calidad de sueño, falta de disfrute de su



sexualidad, rabia, afectividad, culpa, angustia tristeza, se encuentra presencia de signos y síntomas indicativos de un perjuicio a nivel del área psicológica de un trastorno por estrés postraumático derivado al evento denunciado, sufre disfunción en las áreas de funcionamiento que requiere tratamiento en salud mental”.

#### **IV. PRETENCIONES DE LAS PARTES EN JUICIO ORAL Y PÚBLICO:**

1-Ministerio Público demostrará con testificales, periciales y documentales que se dio un ilícito penado por la ley y que el acusado es el autor directo según escrito de acusación.

2-Defensa a través de la refutación de las pruebas de cargo ofrecidas por el Ministerio Público demostrará la no culpabilidad de su representado en los hechos acusados.

#### **IV. INDICACION SUSCINTA DEL CONTENIDO DE LA PRUEBA ESPECIFICANDO SU VALORACION.**

Durante el Juicio Oral y Público se recibieron los siguientes medios de pruebas:

1. \*\*\*\*\*, identificada con cédula \*\*\*\*\*. Rinde promesa de ley, contesta: tengo \*\*\*\*\* años, soy \*\*\*\*\*, soy \*\*\*\*\*, tengo negocio propio, vivo en Estelí barrio \*\*\*\*\*, conozco a \*\*\*\*\*, yo estoy casada con un hermano de ella, yo tengo relación con ella desde que era niña, porque con su hermano tengo 10 años de estar casada, ella vivió en Estelí, y luego cuando su mamá se fue del país ella se vino a León. Conozco los hechos por que \*\*\*\*\* me confía los hechos, comenzamos hablar de novios y luego la sentí nerviosa y le pregunté si le pasaba algo y me dijo que con sus novios no duraba mucho tiempo, yo le pregunté qué le había pasado o qué había vivido en su niñez y ella soltó llanto y me dijo que una persona que en su niñez abusó de ella, hecho en que yo me sentí súper mal y fue ahí donde empecé a preguntar, quien era, y cómo fue y cuando, ella me dijo que fue en el año 2010, y esa persona se quedaba en casa de la familia y aprovechaba los momentos para encerrarla en su cuarto, esta persona le tocaba sus partes íntimas y ella le creó un miedo porque no comprendía, luego ella al crecer sintió que no tenía confianza de hablar con alguien más, ella me dijo que los hechos se dieron desde el 2010 al 2013 que fue cuando su mamá se la llevó a España. Ella me dijo que este abuso, fue por accidente, ella se le acercó a ver el reloj de él, a lo que él la abrazó, la tomó de la cintura y esta le corrió



la mano en el trasero, ella se quiso retirar, pero este la detuvo, y la llevó al cuarto, la tocaba, se le subía encima, le acariciaba sus partes y le introducía los dedos en la vagina. Yo le pregunté quién era el señor, ella me dijo el nombre yo no lo conocía, me dijo que era familia de su abuela materna y él llegaba a su casa y se quedaba, me dijo que se llamaba \*\*\*\*\* , ella al momento que me dijo, me dijo que era a la primera persona que le contaba lo ocurrido, ella siempre viaja a León, cuando ella se fue de mi casa y al llegar a León él me dijo que el señor estaba en su casa de visita, yo le dije que se pusiera a salvo que no se quedara con él en ningún momento, y luego me dice que el señor trata de quedarse a solas con ella, y arrinconarla en la casa, yo le digo que lo grabe y fue ahí donde ella lo grabó con un celular, él le decía que recuerden viejos tiempos y ella le pregunta qué eran viejos tiempos y él respondió el amor, yo recuerdo que los videos eran a finales de febrero de este año 2019, al pasar todo eso ella se llena de valor, ella me dijo que había que denunciarlo, y ella me dijo que lo comentó con la esposa de su tío y fue ella quien la trajo a interponer denuncia, es la esposa de su tío \*\*\*\*\* .

A preguntas de la defensa responde: al momento que ella me dijo como ocurrieron los hechos, yo sabía que no podría irrumpir, y yo le dije que había que buscar justicia. No recuerdo las fechas cuando se interpuso denuncia.

2. \*\*\*\*\* , identificado con cédula \*\*\*\*\* . Rinde promesa de ley contesta: tengo \*\*\*\*\* años, estoy acompañada, trabajo en \*\*\*\*\* , vivo en la comarca \*\*\*\*\* , conozco a \*\*\*\*\* , ya que mi compañero es pariente de ella, yo la conozco desde que ella tenía \*\*\*\*\* años, porque ella habitaba en la casa de su abuelo de la \*\*\*\*\* , yo al inicio visitaba la casa, pero después de ahí me traslade, y llegaba solo de visita. Conozco lo sucedido, cuando ella vino de España en febrero del 2019, me llamó y me dijo que quería hablar conmigo, ella estaba nerviosa y que tenía miedo y me dijo que alguien de la familia había abusado de ella, yo me quedé en silencio, le pregunté si era permanente y me dijo que estaba de visita, yo le pregunté si era el señor \*\*\*\*\* y ella me dijo que sí, yo lo conocía porque me lo habían presentado como sobrino de la abuela de la víctima, es el señor que está presente de color azul, ella me dijo cómo había iniciado todo, que una vez fue jugando, y esa vez él estaba en la sala en una silla y a ella le llamó la atención un reloj que andaba puesto y al acercarse ella sintió que él le estaba tocando la espalda y luego le



bajó la mano tocándole sus pompas, después en otra de las visitas la tomó de la mano y se la llevó a la sala y ahí la comenzó a manosear sus partes, se le subió encima, le dijo que tenía un pelo muy bonito y que de lo sucedido no le contara a nadie, ella me dijo que no recordaba si él la había penetrado, en ese momento me dijo que esos hechos se dieron varias veces, ya que la casa es grande se ponían a dormir y no se daban cuenta, me dijo que tenía miedo y que eso sucedió alrededor de tres años, y ella nunca tuvo el valor de decir nada, fue hasta que ella vino de España que lo encontró en la casa, este la saludó con un beso en la \*\*\*\*\* y al encontrárselo nuevamente este comenzó a perseguirla, él le dice que se acordaba de las cosas que habían hecho anteriormente y que cuando iban a estar juntos otra vez, el día que ella me contó eso, yo me la llevé para mi casa, ella me dijo que ella lo quería denunciar porque ella no quería dejar las cosas así y fue ahí donde yo la acompañe, creo que interpusimos denuncia un 16 de febrero del 2019, luego yo inicié a trabajar nuevamente y ya no pude seguir apoyándola, ella me dijo que ya se lo había comentado a su cuñada pero que no le había dado detalles, me dijo que sentía vergüenza, ella se abrió más y me contó las cosas detalladas como habían pasado, ella me dijo que la última vez ocurrió en el cuarto de su papá antes de irse a España, ella tenía\*\*\*\*\* años, y fue ahí donde sucedió el último hecho. Desde que se fue ella regresó cuando ya iba a cumplir los \*\*\*\*\* años, y cuando regresó iba a cumplir \*\*\*\*\* años.

A pregunta de la defensa responde: yo viví dos años en casa de \*\*\*\*\* porque mi compañero es familia de ella y él vivía en casa, el cuarto que se mantenía solo a la sala tenía una distancia de aproximadamente cuatro metros, en esa vivienda vivían la abuela, dos tíos de ella, vivíamos para ese tiempo 5 ó 6 personas, pero llegan varias visitas, la casa es grande, y actualmente hay varios cuartos, estas personas que vivían en la casa trabajaban solo que quedaba la abuela, ya que todos salían, la casa permanecía casi sola.

A repreguntas de la fiscal responde: ella me dijo que por lo general los hechos eran por la tarde, ella me dijo que él siempre buscaba el momento que nadie estuviera cerca.

3. \*\*\*\*\* , identificado con cédula \*\*\*\*\* . Rinde promesa de ley contesta: tengo \*\*\*\*\* años de trabajar en la institución y 10 años de laborar en la escena de crimen, ahí realizo toma fotográfica o busca de cualquier indicio que haya. El uno de marzo del 2019 realicé acta de inspección de escena del crimen en el presente caso, la realicé en la



dirección Cancha del Tenis una y media al norte, fue solicitada por la teniente Sandoval, sobre un caso de violación me hice acompañar de la víctima y familiares de la víctima, ahí realicé tomas fotográficas centrales y de orientación, la inspección fue realizada en propiedad de Luis Miguel Jarquín, la segunda es de calle de orientación calle de sentido de este a oeste, en la fotografía tres se observa la casa, en la 4, 5 y 6 se observa el interior de la casa, tres dormitorios y sala, al noroeste se ubica el dormitorio donde señala la víctima que el día que sucedieron los hechos, se dieron en ese dormitorio, y que este cuarto tenía una cama que actualmente está en el mismo lugar, fue ahí donde la llegó el acusado y le tocó su cuerpo. En la 7, 8, 9, se observa la sala con dirección a la propiedad, en la 8 se observa que hay una puerta, y la 9 es la puerta de un dormitorio, en la 10 se observa la parte interna del dormitorio, que el día de los hechos este señor entró al dormitorio y la empezó a desvestir y ella recuerda que este la manoseaba todos su cuerpo. Sobre la determinación de los hechos, este se realiza en el interior de la vivienda quien también vivía en la casa.

Responde a preguntas de la defensa. El croquis responde a la sala, los puntos es donde se ubican las camas, la distancia que esta el dormitorio de la sala es cercano.

4. DR. \*\*\*\*\*. Cédula No. \*\*\*\*\* se le toma promesa de ley. Valoro a la víctima \*\*\*\*\* el 20/02/2019 recibió oficio a las 9:41 am la examino a la víctima de ese día, se presentó sola porque es mayor de edad, se realizó entrevista, se pidió consentimiento, se realiza informe de acuerdo a lo que establece la norma, la joven manifiesta que desde los diez años le manoseaba los pechos y le metía los dedos; no recuerda si alguna vez le penetró el pene. Después de un tiempo se fue a España, cuando regresa le dice que estaba bonita que si recuerda lo que hacía antes y que quería que lo volviera hacer. Encuentra signo de penetración de antigua data, consiente, cooperadora, concluí que había evidencia de penetración de vieja data sin alguna otra evidencia de intimidación y embarazo, vieja data es que una vez que el himen se rasga este cicatriza y una vez cicatrizado se establece que es de vieja data.

5. \*\*\*\*\* , cédula No \*\*\*\*\* . Se le toma promesa de ley. Viene en calidad de intérprete, trabaja actualmente en la Corte como suplente de psicóloga forense, dos años de trabajar a la Corte, cargo Psicóloga forense, trabaja actualmente en la Corte, sustituye a Lic.



\*\*\*\*\*, el 21/02/2019 le oficio a Lic. \*\*\*\*\*, la inspectora \*\*\*\*\* oficia para que se determinara lesión psíquica en la víctima, se presentó y fue valorada a las 9:29 am, en los datos generales es sexo femenino se identifica con cédula de identidad, \*\*\*\*\* años, \*\*\*\*\* , estudiante no tiene hijos. Se realiza entrevista, en la entrevista hace relato, tenía diez años llegó \*\*\*\*\* , lo saludó no sabía quién era tenía un reloj, lo saludé, me llamó la atención el reloj, mientras hablaba me agarró de la cintura, me tocó las nalgas de forma circular, en eso entró alguien y me fui a mi habitación. Otro día estaba en la habitación, entró, se subió encima, me hizo que le tocara el pene, me introdujo los dedos en mi vagina, así pasó por tres años, le agarraba del cuello, que estaba bien bonita, le gustaba mi cabello, que no dijera nada, aunque trataba de apartarme llegaba a la casa con confianza, cuando él me hacía eso me provocaba miedo, dolor, asco, pensaban que no me iban a creer. Este abuso terminó cuando me fui a España, los recuerdos se me vienen a la mente cuando estoy con chicos, luego no lo soporté, una vez quise tener relaciones pero lo hice y no pude continuar, al verlo de nuevo reviví eso, me sentí mareada, me preguntaba si me acordaba de él. A los seis días de haber venido me fui a Estelí, estaba inquieta, mi cuñada me preguntó qué me pasaba, al venir a León me dijo que le diera un besito, que si se acordaba, que hacíamos el amor, lo grabé lo que me decía, se lo mandé a mi cuñada, mi hermano se dio cuenta, \*\*\*\*\* es sobrino de mi abuelita, él llegaba a la casa, se realizó el análisis para ver cómo se encuentra el estado emocional, siente culpa , no puede dormir presenta pesadilla con \*\*\*\*\* que lo encontraba y sentía los mismo, hace referencia que se siente mejor con chicas, siente tristeza y dolor al recordar, se trata de ver qué áreas están dañadas en este caso, existe rabia, tristeza, además de todo lo que se hizo referencia, una vez evaluada esta área, la persona tiene estrés postraumático por el evento vivido, en las conclusiones forense hace referencia que \*\*\*\*\* tiene disfunción en área de funcionamiento que requiere de tratamiento especializado en salud mental, necesita tratamiento en salud mental para restablecer su situación.

A pregunta de defensa contesta: esas agresiones recibidas son compatible con el evento, está relacionado con el daño psíquico sufrido por la víctima.

6. \*\*\*\*\* . Cédula No. \*\*\*\*\* se le toma promesa de ley. \*\*\*\*\* años, auxilio judicial 12 años en la policía y 8 años en auxilio judicial, la denunciante víctima manifestó que a



finales de enero del año dos mil trece se encontraba en su casa de habitación cuando llegó \*\*\*\*\* , se le metió al cuarto, cuando el señor llegó se le subió arriba, le quitó su ropa, comenzó a manosear el cuello, le decía que estaba bonita que le gustaba su pelo no recuerda si le metía el pene pero sí su dedos, esa no fue la primera vez lo comenzó hacer desde el años 2010, cuando él estaba sentado en la sala andaba un reloj, le llamo la atención, se le acercó le manoseó las nalgas, los pechos, así pasaron tres años, ella fue a España, regresó en el 2019 y la tía de ella le dijo que si recordaba \*\*\*\*\* , le dio un beso y le dijo que si recordaba lo que hacían, una vez recepcionada la denuncia realizó transferencia al médico forense, inspección tomando entrevista inicia, esta es ampliación de denuncia, se toma más detalle de los hechos, ella le contó a su cuñada \*\*\*\*\* , la conversación se dio porque le dijo que ella no dilataba con los novios, que si ella había sido abusado sexualmente. A \*\*\*\*\* , esposa de un tío, le dijo que ella había sido abusada por un familiar cercano al tío y que él se encontraba en la casa.

7. \*\*\*\*\* (anticipo). Se le hace promesa de Ley. A preguntas del Ministerio Público contesta: Tengo \*\*\*\*\* años de edad, vivo de la \*\*\*\*\* . Soy \*\*\*\*\* , terminé bachillerato. Estudie en San Ramón. Sí conoce a \*\*\*\*\* , es sobrino de mi abuelo, solía visitar la casa donde vivíamos, mi abuela es \*\*\*\*\* . Él vive no sé. Él llegaba a mi casa a visitar. Al inicio poco tiempo, no llegaba muy seguido una vez al mes, luego comenzó ir más. Desde el año 2010 recuerdo que visita la casa. Recuerdo porque, recuerdo yo tenía 10 años fue en las fechas que comenzó a abusar de mí. Sí recuerdo las fechas el primer suceso del 7 al 11 julio del 2010, 5 al 11 julio del 2010, tercer y último suceso antes de irme a España el 20 enero del 2013 de ahí hasta el día de hoy que volví. El primer suceso, él estaba en la sala de mi casa donde yo vivía, como la casa es grande todos estaban en el pasillo o en sus cuartos, yo entre a la sala y lo vi, le vi un reloj que me llamó la atención, como no lo conocía le empecé a preguntar quién era y comenzamos a entablar una conversación relacionada con reloj, ese día estaba en una silla, yo estaba parada a lado de él y comenzamos a hablar me agarró de la cintura y continuamente bajó su mano hasta mi trasero, luego lo subió, me tomó de los pechos, me comenzó a manosear y me estaba agarrando fuerte porque yo me quería ir, pero no me dejaba, en eso interrumpió mi abuela, me dejó ir y me fui a mi habitación, fue después del mediodía que estaba llegando del colegio. Segundo suceso del 5 al 11 julio, yo estaba en una habitación de invitados, es en



mi casa ya estaba acostada, él entró, cuando entra yo me asusto, trato de irme y no me deja, se me subió encima, se subió a la cama y empezó a quitarme la ropa, me empezó a besar el cuello, la boca, empezó a tocar mis partes, me introdujo los dedos en la vagina, me apretaba el cuello, me agarraba del pelo fuertemente, me decía que era muy bonita, que le gustaba, que le gustaba mi pelo, me decía que quería que fuera solo de él, que no dijera nada mientras me apretaba el cuello, se bajaba el pantalón me decía que lo viera, que lo tocara, que lo viera como lo ponía erecto. No lo conté a nadie me daba miedo de las reacciones o lo que pudiera hacer el. El 20 de enero 2013, sucedió un poco de lo mismo, estaba acostada en mi habitación a las 3 o 4 de la tarde, habían dos personas o casi nadie en la casa, entro a la habitación me comenzó a besar me sostuvo las manos para que no me fuera, me comenzó a quitar la ropa, me comenzó a tocar el cuello, los pechos, se sacó el pene, me decía que lo viera, me tocaba, me introducía los dedos en mi vagina. Un mes después de eso, me fui a España estuve como tres años que no lo vi, no le dije a nadie, el 24 de enero del 2019, yo regresé y me lo encontré igual en la casa donde yo vivía, donde mi abuela de la \*\*\*\*\*. Yo ese día era el primer día que pasaba, me fui al patio, subí escaleras, estaba arriba, cuando bajo lo veo en el pasillo, cuando me ve se sorprende y me hace sentir mal, una tía mía me dijo que lo saludara, yo no quería pero me detuvieron, me saludo con beso en la mejilla me dijo que si me acordaba yo en el momento dije que no, días posteriores él se quedaba a dormir ahí, me esperaba en el pasillo se acostaba hasta cuando yo llegaba a la casa, se me comenzaba a insinuar, me decía si me acordaba de él, que quería volver estar conmigo, que quería que fuera suya, que le gustaba mi pelo, que le gustaba yo, me trataba de besar, intentaba tocar, buscaba cualquier momento para esperarme, ahí lo comencé a grabar todas sus actitudes que tenía conmigo, lo comencé a grabar con mi móvil. Me decía si me acordaba de él, yo al inicio le decía que no y él decía que si estaba segura, yo le decía que no me acordaba de él, porque decía eso, yo le decía si se acordaba de mí, él decía que sí que perfectamente, yo le pregunté qué recordaba, él me decía que de todo, lo dije que especificara de qué se acordaba, él me decía que se acordaba cuando hacíamos el amor, yo le pregunté si se acordaba cuantos años tenía yo y él decía que sí lo recordaba que tenía 10 años y que cuando tenía trece años, me decía que lo volviéramos hacer que nadie se iba enterar, que le diera mi número, que le enviara fotos, que le diera un recuerdo mío. Emocionalmente me he sentido mal, un poco vulnerable, me



ha afectado en mi salud, al ver una persona con sus características, siempre me recuerda a él, me entra miedo, me angustio, me da ganas de vomitar, a veces vomito, se me quita el apetito.

A preguntas de la Defensa contesta: Yo, ya no vivo ahí solo en España, solo me quedo aquí o en Estelí. No dije nada a nadie, tenía miedo por lo que me pueda hacer. Me dijeron que estaba ahí porque estaba enfermo, se iba a quedar por unos días, pero se quedó más de varios días, le pregunté que si era por mí y me dijo que sí.

## V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

De acuerdo al maestro español Rafael de Pina, la motivación de una sentencia es una garantía real, muy eficaz para los litigantes, y una necesidad para el pueblo, pues es uno de los medios para evitar la arbitrariedad. Corresponde a este Judicial asignarle un valor determinado a cada una de las pruebas aportadas en el contradictorio de la presente causa, de conformidad a lo establecido en los artículos 192 y 193 del Código Procesal Penal, utilizando las máximas de la lógica, la experiencia común, ya que ambas figuras integran el Criterio Racional.

Es importante afirmar que los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes son cometidos en la clandestinidad, es decir sin la presencia de ninguna persona que pueda observar la agresión sexual; además con esto el agresor se asegura de que sea exitosa su agresión, aprovechando la soledad, la indefensión de los niños y abusando de la asimetría de poder. En el presente caso fue evidente que la víctima \*\*\*\*\* fue víctima de agresiones sexuales por parte del señor \*\*\*\*\* desde que ella tenía la edad de \*\*\*\*\* años y que estas agresiones se extendieron por tres años, hasta que la víctima se traslada a vivir a la República de España. Relata \*\*\*\*\* que la primera vez que ocurrió la agresión sexual fue cuando ella tenía la edad de doce años y el agresor sexual llegó a su casa de habitación ubicada de la \*\*\*\*\* y que estando el agresor en su casa este portaba un reloj que a ella le llamó la atención, curiosidad propia de los niños; por lo que ella se le acerca y empieza a entablar conversación con él y este aprovecha para acariciarle los glúteos, abuso que fue interrumpido cuando la abuela de ella llegó al lugar y ella sale corriendo. Luego, entre las fechas del cinco al once de julio de dos mil diez, durante las vacaciones de mitad de año, nuevamente el agresor \*\*\*\*\* abusa sexualmente en la casa de habitación ya



mencionada, este ingresa al cuarto donde dormía la víctima y realiza lúbricos y lascivos tocamientos en el cuerpo de ella y fue donde por primera vez la penetra en la vagina con sus dedos. Ya la última agresión sexual relatada fue la ocurrida el veinte de enero de dos mil trece, a eso de las cuatro de la tarde, cuando el agresor nuevamente llegó a la casa de habitación de ella, la encuentra dormida, se coloca encima de ella, la desviste, realiza tocamientos lúbricos y lascivos y le introduce los dedos en la vagina. Luego de estos hechos su mamá decide llevarse a su hija a España y regresa el veinticuatro de enero de dos mil diecinueve cuando se encuentra nuevamente con el agresor. Este le dijo que si se acordaba de él y que recordaran viejos tiempos cuando hacían “el amor” y empieza nuevamente el asedio en contra de la víctima. Por ello decide revelar los abusos sufridos a la señora \*\*\*\*\* , su cuñada, quien expresa que la víctima le revela las agresiones sufridas una vez que empezaron a hablar de novios y notó que ella se puso nerviosa y, llorando, le confiesa las agresiones sufridas. Luego, el día cuando vuelve a ver a \*\*\*\*\* en su casa, la señora \*\*\*\*\* le aconseja que lo grabe y que le saque información. Según la víctima en esta grabación audiovisual él le dice que le hacía el amor, que recordaran viejos tiempos. A pesar de ello, la Fiscalía no presentó dicha evidencia como prueba para que se reprodujera dicho video. Luego la víctima le revela las agresiones a su tía política, señora \*\*\*\*\* quien decide interponer la denuncia en la Policía Nacional. Las investigaciones realizadas determinan que existió una agresión sexual cometida por \*\*\*\*\* Espinoza. El médico forense, Doctor \*\*\*\*\* , refiere que existe penetración de antigua data. La psicóloga forense confirma que producto de las agresiones sexuales sufridas tiene estrés postraumático pues siente culpa , no puede dormir, presenta pesadillas con \*\*\*\*\* que la encontraba y sentía los mismo, que se siente mejor con chicas, siente tristeza y dolor al recordar, existe rabia, tristeza, concluyendo que \*\*\*\*\* tiene disfunción en área de funcionamiento que requiere de tratamiento especializado en salud mental. Así pues, el cúmulo de pruebas arrojan que \*\*\*\*\* fue víctima de agresiones sexuales de forma crónica, que estas agresiones siempre ocurrían en su casa de habitación porque el agresor sexual visitaba a sus parientes, por lo que, aprovechando la confianza que los moradores de la casa depositaban en él, este se aprovechaba de la soledad, la vulnerabilidad y la asimetría de poder que existía con la niña \*\*\*\*\* para saciar sus instintos sexuales. Por ello esta autoridad judicial no duda en determinar que lamentablemente \*\*\*\*\* ha sido



una de las víctimas de \*\*\*\*\* , pues este también fue condenado por abuso sexual en el expediente judicial \*\*\*\*\* , siendo una niña la víctima de este señor. En consecuencia, al ser las pruebas contundentes y sólidas, determiné que \*\*\*\*\* es culpable por el delito de Violación agravada en vista que provoca un grave daño en la salud mental de la víctima.

En este proceso se han respetado los principios constitucionales y procesales, se ha tomado en cuenta que la Constitución Política es la Carta fundamental de la República, lo cual está contenido en el Arto 182 Cn. Así mismo se tiene presente lo que establece el Arto 165 de la misma Constitución Política que señala que los magistrados y jueces en su actividad judicial son independientes y sólo deben obediencia a la Constitución y a la ley, se regirán, entre otros, por los principios de igualdad, publicidad y derecho a la defensa. Por lo tanto corresponde a la administración de justicia garantizar el principio de legalidad, tal como lo señala el Arto 160 Cn.

La finalidad del proceso penal, tal como se estipula en el Arto 7 CPP es solucionar los conflictos de naturaleza penal y restablecer la paz jurídica y la convivencia social armónica, mediante el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad de los acusados, la aplicación de las penas y medidas de seguridad que en justicia proceda y de otras soluciones basadas en la disposición de la acción penal, la mediación y acuerdos entre las partes en los casos autorizados por este código. El hecho acusado ha quedado esclarecido, probado, en el presente asunto se ha esclarecido mediante el desarrollo de todo un proceso, que incorpora prueba lícita que ha demostrado los hechos acusados y la responsabilidad del ciudadano \*\*\*\*\* .

Las actuaciones desarrolladas en este proceso han respetado el principio de Legalidad procesal y penal.

La prueba incorporada ha sido suficiente para demostrar la existencia del hecho acusado y la participación del acusado en él. En el sistema actual de libre valoración, el juez o la jueza es libre para obtener su convencimiento, no estando vinculado a reglas legales sobre la prueba. Por tanto, la suficiencia de la prueba no ha de valorarse desde un punto de vista cuantitativo. No siendo determinante un número amplio de pruebas para demostrar la culpabilidad del acusado, si no la calidad de la información incorporada. Corresponde al juez o tribunal sentenciador o de instancia, valorar la prueba practicada y alcanzar la necesaria



convicción acerca de la existencia del hecho punible y la participación en él del acusado, con independencia de la clase de prueba que sea y de la cantidad de prueba de que disponga, siempre que se haya obtenido con las necesarias garantías, y con independencia del siempre posible control de la ponderación que lleve a cabo el Tribunal de instancia sobre la prueba, que debe ajustarse a criterios racionales, valorando que la prueba sea lícita, tanto en su obtención como en su incorporación.

No solamente con la prueba directa puede la autoridad judicial llegar al convencimiento de la responsabilidad del acusado, que esta fue veraz y creíble, sino también con la prueba de indicios. En el proceso penal tiene importancia extraordinaria este tipo de prueba, pues no siempre es fácil lograr una prueba directa del hecho, y, evidentemente, prescindir de la prueba indiciaria generaría la impunidad de no pocos delitos, incluso, en no pocos supuestos, la prueba indiciaria puede proporcionar una mayor certidumbre que una sola prueba directa. (Cfr. Tomás y Valiente, F., “In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 32). Por lo que se debe valorar esta prueba sobre todo en los casos de agresiones sexuales a menores, en los cuales, por lo general, los únicos testigos son las propias víctimas.

Arto 4 literal de la Ley 779, en su literal “g” contiene el Principio de la Debida Diligencia del Estado el cual instituye que “El Estado tiene la obligación de actuar con debida diligencia, para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia. El literal “h” Principio de interés superior del niño y dice “Se entiende como interés superior de la niña, niño y adolescente todo aquello que favorezca su pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural y social, en consonancia con la evolución de las facultades que le beneficie en su máximo grado y en especial el reconocimiento, vigencia, satisfacción y disfrute de sus derechos, libertades y garantías de forma integral, además del Principio de Protección a las víctimas contenido en el literal “m” del mismo Artículo 4.

La Convención sobre los Derechos del niño, en el preámbulo, párrafo noveno dice “El niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento”.



## VI. DETERMINACIÓN PRECISA Y CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS

### PROBADOS:

Para valorar la prueba expuesta en juicio oral es necesario tener presente lo que establecen los artículos 15, 16, 192, y 193 del Código Procesal Penal, con aplicación estricta del criterio racional, observando las reglas de la lógica, tomando en cuenta el Principio de Libertad Probatoria y Licitud de la Prueba. Siendo la prueba el conjunto de razones o medios que producen convencimiento o certeza del Juez respecto a los hechos sobre los cuales debe inferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimientos y la valoración que la Ley autorice; la prueba es el instrumento corporal o material cuya apreciación constituye para el Juez la fuente donde obtiene los motivos de su convicción y a través de ella en el Juicio Oral y Público se busca la verdad, averiguar el hecho acusado para confirmar su existencia o para descartarlo. En atención a la prueba de cargo, evacuada y valorada de forma individual y armónica, esta Autoridad Judicial considera que se han acreditado los hechos acusados, se ha demostrado la participación del acusado en los mismos, hechos que consisten en los siguiente: El acusado \*\*\*\*\* actualmente de \*\*\*\*\* años es tío del señor \*\*\*\*\* donde también habita la víctima \*\*\*\*\* la que está ubicada de la \*\*\*\*\* , León. Las fechas del siete al once de junio del año dos mil diez (segunda semana de junio dos mil diez) en horas de la tarde cuando el acusado \*\*\*\*\* se encontraba a solas en la sala de la casa de habitación de de la víctima \*\*\*\*\* de diez años de edad en ese entonces, ubicada de la \*\*\*\*\* , León. aprovecho que la víctima \*\*\*\*\*se le acercó a ver un reloj de mano que andaba e inició una conversación con la víctima, seguidamente el acusado \*\*\*\*\* procedió a colocarle la mano en la mano de la cintura de la víctima, bajó su mano hasta los glúteos acariciándolos, luego le apretó los pechos encima de la ropa, situación que molestó a la víctima quien trató de retirarse del acusado \*\*\*\*\* , pero fue impedida, ya que el acusado la abrazó fuerte, preciso momento en que ingresó la abuela de la víctima de nombre \*\*\*\*\* , situación que provocó que el acusado la soltara. Entre las fechas del cinco al once de julio del año dos mil diez (vacaciones inter semestrales) se encontraba en su casa de habitación situada de la \*\*\*\*\* , León, exactamente en el cuarto de visitas cuando se presentó el acusado \*\*\*\*\* quien procedió a desvestir a la víctima \*\*\*\*\* , se le subía encima, le besaba la boca, el cuello, le succionaba los pechos, le aprieta las piernas, la vagina con sus manos y le introducía los dedos en la vagina, le apretó el cuello



con sus manos diciéndole que ella era de él, que iba a ser su mujer, que era bonita, que le gustaba, así mismo le refería a la víctima que le tocara su pene, que miraba como lo ponía erecto, que le gustaba su pelo y que no le contara a nadie de lo sucedido. En fecha veinte de enero del año dos mil trece, aproximadamente a las cuatro de la tarde, el acusado \*\*\*\*\* se presentó a la casa de habitación de la víctima \*\*\*\*\* la que se ubica de la \*\*\*\*\* , León quien en ese entonces tenía \*\*\*\*\* años de edad y se encontraba durmiendo en su cuarto ubicado en la parte este del pasillo de la casa (segundo dormitorio) e ingresó al mismo procediendo el acusado \*\*\*\*\* a desvestir a la víctima, se le subió encima, le besó el cuello, le succionó los pechos y realizó tocamientos con sus manos al apretarle los pechos, las piernas y le introdujo los dedos en la vagina. Todos estos actos de agresión sexual los realizó el acusado hasta finales de enero del 2013 cuando llegaba de visita a la casa de la víctima \*\*\*\*\* y se encontraba a solas con esta. Cabe mencionar que en febrero del 2013 la víctima \*\*\*\*\* viaja a España y regresa a Nicaragua el 24 de enero del dos mil diecinueve y al llegar la víctima a su casa de habitación la que se ubica de la \*\*\*\*\* León. se encontraba el acusado \*\*\*\*\* quien con el deseo de continuar con los actos de violencia sexual que ejercía en contra de la víctima la saludó con un beso en la \*\*\*\*\* y le dijo al oído que si se acordaba de él, respondiéndole la víctima que no, ante lo cual el acusado le refirió a la víctima que recordaran viejos tiempos, que hicieran el amor, y desde ese momento cada vez que el acusado llegaba a la casa de habitación de la víctima la hostiga manifestándole que vayan al cuarto, que recuerden viejos tiempos, que le dé su número de teléfono y le envíe fotos de ella. Según dictamen médico legal la víctima \*\*\*\*\* presenta evidencia de penetración en vagina de antigua data y según valoración de daños psíquicos la víctima \*\*\*\*\* presenta en el área personal disfunción limitación del estado de funcionamiento de la examinada, calidad de sueño, falta de disfrute de su sexualidad, rabia, afectividad, culpa, angustia tristeza, se encuentra presencia de signos y síntomas indicativos de un perjuicio a nivel del área psicológica de un trastorno por estrés postraumático derivado al evento denunciado, sufre disfunción en las áreas de funcionamiento que requiere tratamiento en salud mental.



## VII. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO, CALIFICACIÓN JURÍDICA:

Consideró que los hechos probados se subsumen al tipo penal de: Violación agravada, señalado en el art. 172 del Código Penal, lo cual establece: Violación agravada: Quien realice actos lascivos o lúbricos tocamientos en otra persona, sin su consentimiento, u obligue a que lo realice, haciendo uso de fuerza, intimidación o cualquier otro medio que la prive de voluntad, razón o sentido, o aprovechando su estado de incapacidad para resistir, sin llegar al acceso carnal u otras conductas previstas en el delito de violación, será sancionado con pena de prisión de cinco a siete años. Cuando en la comisión del delito se dé alguna de las circunstancias de la violación agravada, la pena será de siete a doce años de prisión. Si concurren dos o más de dichas circunstancias o la víctima sea niña, niño, o adolescente se impondrá la pena máxima. No se reconoce, en ninguno de los supuestos, valor al consentimiento de la víctima cuando ésta sea menor de catorce años de edad, o persona con discapacidad o enfermedad mental.

\* Sujeto Activo: Como observamos, de la prueba se deduce que \*\*\*\*\* es el hombre que introduce dedos por vía vaginal de una niña.

\* Sujeto Pasivo o víctima: El sujeto pasivo o víctima en este caso es una niña de \*\*\*\*\* años de edad, atribuyendo de esta manera la competencia a esta autoridad de conformidad al Arto 32 de la ley 779.

\* Verbo Rector y circunstancias de modo: introducir dedos por vía vaginal.

\* Bien Jurídico Protegido: en este delito como es la indemnidad sexual, que es un derecho protegido según el Arto 25 numeral 1 y 2, Arto 36 de nuestra Constitución Política, también el Arto 4 de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer y Arto 7 literal “a” y “c” de la Ley 779, Ley Integral Contra La Violencia Hacia La Mujer y de Reformas a la Ley 641, Código Penal.

La indemnidad sexual como bien jurídico protegido en el presente caso se caracteriza por considerar que el objeto de protección radica en la necesidad de cuidar su libertad sexual futura. La indemnidad sexual debe entenderse como una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho de todo ser humano, en este caso el menor, a un libre desarrollo de su personalidad sin intervenciones traumáticas en una esfera íntima por parte



de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida.

De todo lo expuesto se desprende que estamos ante una violencia que se da en el ámbito público, según lo prevé el Artículo 2 de la Ley 779. La convención sobre los Derechos del Niño y la Niña son tratados de Derechos Humanos referidos a la niñez y adolescencia. Su texto establece una gama de derechos, garantías y libertades inherentes a los niños, niñas y adolescentes en su condición de personas en desarrollo. La función Jurisdiccional debe de posibilitar a todas las personas el uso, goce y disfrute de todos sus derechos, a través del acceso efectivo de la administración de justicia. Igualmente debe de permitir que sus resoluciones comprendan el respeto a los Derechos Humanos y tengan como base y fin la Justicia.

No concurren en este caso circunstancias que eximan de responsabilidad penal como causas de justificación o de exculpación, tampoco fueron alegadas por la defensa, por lo que considero que estamos ante la realización completa del injusto penal, como es una acción típica, antijurídica y culpable, atribuible al acusado \*\*\*\*\* en calidad de autor directo de conformidad al Arto 41 y 42 del Código Penal, ya que él realizó el verbo rector de manera directa, y la conducta fue consumada por haber realizado totalmente la acción típica.

### **VIII. VALORACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES E IMPOSICIÓN DE LA PENA.**

Para la aplicación de la pena bajo el principio de legalidad esta Autoridad debe regirse en base a las reglas de aplicación establecida en el arto 78 Código Penal que señala que los jueces determinarán las penas dentro de los límites mínimo y máximo que la ley señala al delito o falta, tomando en consideración cualquiera de las cuatro reglas que se establecen. Por ello debemos remitirnos a la sanción que se impone por el tipo penal probado en el caso de Violación agravada: Se impondrá la pena de doce a quince años de prisión cuando: a) El autor cometa el delito prevaliéndose de una relación de superioridad, autoridad, parentesco, dependencia o confianza con la víctima, o de compartir permanentemente el hogar familiar con ella; b) La violación sea cometida con el concurso de dos o más personas; c) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad o discapacidad física o psíquica para resistir, o se trate de una persona embarazada o mayor de sesenta y



cinco años de edad; o d) Resulte un grave daño en la salud de la víctima. e) Que la víctima resulte embarazada a consecuencia de la violación. No se aplica la reforma de la Ley 952 por no estar esta en vigencia al momento de la ocurrencia del hecho.

Considero que en este caso no concurren circunstancias atenuantes o agravantes, pues a pesar de la sentencia condenatoria por abuso sexual referida en expediente judicial \*\*\*\*\* , esta no se encuentra firme al momento de dictarse la presente sentencia, por lo que no puede tomarse como circunstancia agravante según el artículo 36 numeral inciso 9 CP. Por lo que debe aplicarse la pena según la regla del artículo 78 inciso a) que expresa: “Si no concurren circunstancias agravantes y atenuantes o cuando concurren unas y otras, se tendrán en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho”. Por ello tomando en cuenta la gravedad del delito cometido y su modalidad, esta autoridad impone la pena de CATORCE AÑOS DE PRISIÓN.

#### IX. POR TANTO:

En atención a los considerandos anteriores y en base a lo preceptuado en los Artículos 5, 25, 27, 34, 36, 52, 158, 160, 167, y 182 Constitución Política de la República de Nicaragua; Artículos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 51, 55, 77, 128, 132, 134, 152, 153, 154, 159, 167, 192, 193, 202, 322, 323, del Código Procesal Penal; Artículos 1, 4, 5, 21, 27, 36, 41, 42, 46, 78, 172 del Código Penal Vigente; Artículos 1, 2, 4, 5, 7, 8, 30, 31, 32, 33, 39, 44, 47, 50, 56 de la Ley 779, Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 de la Convención Belém Do Pará, artículo 1, 2, 3, 4, 5, 6, 15 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). **RESUELVO:** I). Se declara CULPABLE al acusado \*\*\*\*\* por ser autor directo del delito de VIOLACIÓN AGRAVADA en perjuicio de \*\*\*\*\* . II). Se condena a \*\*\*\*\* a la pena de CATORCE AÑOS DE PRISIÓN por ser autor directo del delito VIOLACIÓN AGRAVADA en perjuicio de \*\*\*\*\* , debiendo cumplir la pena en el Sistema Penitenciario de Chinandega y cuya pena quedará extinguida provisionalmente el DOCE DE JULIO del año DOS MIL TREINTA Y TRES (12/JULIO/2033), sin tener derecho a ningún tipo de beneficio, todo según el Artículo 181 del Código Penal. III). Se mantienen la medida cautelar impuesta en audiencia preliminar. IV). De conformidad al Artículo 50 de la Ley 779, se le impone la obligación al sancionado de participar durante el tiempo que dure la condena, en programas de orientación, atención



y prevención dirigidos a modificar sus conductas violentas y evitar la reincidencia, de conformidad a los programas de tratamiento y orientación establecidos por el Sistema Penitenciario. V). Se deja a salvo a las víctimas el derecho de ejercer la acción civil en sede penal, que podrá hacerlo directamente, a través de abogado particular o solicitar al Ministerio Público la asesoría o representación legal, de conformidad al Artículo 4 literal “ñ” y Artículo 47 de la ley 779. VI). Se les previene a las partes que les asiste el derecho de apelar de la presente resolución en el término que establece la ley. VII). CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.



## DELITOS SEXUALES

### TUTELA EFECTIVA DERECHOS DE LA VÍCTIMA

**PAIS:** Nicaragua

**TRIBUNAL:** Tribunal De Apelaciones Circunscripción Managua. Sala Penal Especializada En Violencia Y Justicia Penal De Adolescentes.

**MATERIA:** Penal

**DERECHOS VINCULADOS (PALABRAS CLAVES):** Delitos sexuales; valoración de la prueba; tutela efectiva de los derechos de la víctima.

#### BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS

El Tribunal confirma la sentencia de primera instancia que condena al imputado a la pena principal de quince años de prisión por ser autor del delito de violación agravada. Se tiene por probado que el imputado privó de libertad y abusó reiteradamente de la niña, hermana de su ex pareja, a quien había abusado previamente en al menos una oportunidad.

Pese a los cuestionamientos de la defensa, el Tribunal sostiene que el acceder carnalmente a personas menores de 14 años, configura la existencia del delito de violación, en atención de la indemnidad e integridad sexual que la niñez debe gozar, por lo que no debe atenderse a alegaciones sobre el presunto consentimiento de las víctimas en estos casos.

Asimismo, realiza la valoración de la prueba, considerando que en casos como este cuentan con la complicidad de amigos y familiares, que por consanguinidad o afinidad, no evitan que estos acontecimientos se desarrollen, siendo prevalente los paradigmas y culturas androcéntricas, que toleran y facilitan que adultos abusen y ultrajen sexualmente a niños, niñas y adolescentes, tal como se desprende de los testimonios, que antes del 18 de julio 2012, ya se había dado un acontecimiento en que fue denunciado el acusado, detenido, pero luego puesto en libertad. Respecto a la pena impuesta, sostiene que se trata de un deber de ejercer una tutela efectiva de los derechos de la víctima quien es vulnerable no solo por edad, sino también por su condición de niña, entiéndase fémina, en sociedades patriarcales con la nicaragüense



## SENTENCIA No. 7

**TRIBUNAL DE APELACIONES CIRCNSCRIPCIÓN MANAGUA. SALA PENAL ESPECIALIZADA EN VIOLENCIA Y JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTES.** Managua, cuatro de marzo de dos mil trece. Las ocho y quince minutos de la mañana.

### I. GENERALIDADES:

Datos de identificación del acusado: \*\*\*\*\*, de \*\*\*\*\* años de edad, y de este domicilio.

Delito: VIOLACIÓN AGRAVADA

Datos de identificación de la víctima: niña de iniciales \*\*\*\*\* de \*\*\*\*\* años de edad, Representada por su señora madre \*\*\*\*\* del domicilio del Municipio del Crucero, Dpto. Managua.

Defensa Técnica: Lic. Carolina del Carmen Rivera de Gómez

Fiscal: Lic. Vilma Slimalila Zúniga

### II. ANTECEDENTES DE HECHO Y OBJETO DEL RECURSO:

**Primero: Hechos esgrimidos en la acusación:** El Ministerio Público interpuso acusación penal en contra del acusado \*\*\*\*\*, por lo que hace al presunto delito de VIOLACIÓN AGRAVADA, en perjuicio de niña de iniciales \*\*\*\*\* de \*\*\*\*\* años de edad, bajo las siguientes motivaciones: “...En el año dos mil once, no precisa fecha exacta, el acusado \*\*\*\*\*, mantuvo una relación de pareja con la hermana mayor de la Víctima de iniciales \*\*\*\*\*, quien para entonces tenía la edad de \*\*\*\*\* años, cohabitando todos (acusado y menor víctima) en la misma casa, en la dirección que sita \*\*\*\*\*, en el barrio San Ramón del Municipio del Crucero, lugar donde el acusado conoció y comenzó a perturbar a la víctima \*\*\*\*\*, manifestándole **“cuñadita un día te vas a ir conmigo a las buenas o a las malas, aunque sea de arrastras”**, pero por razones de maltrato físico que el acusado le daba a la hermana de la víctima, ésta decide separarse del acusado, por lo que el acusado \*\*\*\*\* se trasladó a vivir a otro lugar, habitando solas en la vivienda la menor víctima y su hermana mayor de nombre \*\*\*\*\*, ya que su mamá trabaja de empleada doméstica con dormida dentro, en la ciudad de Jinotepe. El día **dieciocho de julio del dos mil doce,**



aproximadamente a las nueve de la noche, cuando la niña víctima de iniciales \*\*\*\*\* , regresaba de la Iglesia que está ubicada a una cuadra de su casa de habitación, al pasar al frente del cementerio (siendo un sector oscuro y no teniendo buena visibilidad) la víctima fue interceptada por el acusado, quien aguardaba escondido a que pasara la víctima, y éste a sabiendas que la víctima tenía \*\*\*\*\* años, portando en sus manos un arma de fuego, se le acercó a la víctima, le colocó al costado izquierdo del abdomen el arma de fuego, refiriéndole “**te vas conmigo o si no me regreso a matar a tu hermana y a vos**”. Seguidamente el acusado \*\*\*\*\* , apuntando con el arma de fuego hacia la humanidad de la víctima, la llevó a su casa de habitación en la dirección que sita \*\*\*\*\* , (El Crucero) ingresando hasta el patio de la casa en donde se encuentra ubicado un cuarto que ocupan de bodega para guardar herramientas, lugar donde el acusado encerró a la víctima \*\*\*\*\* , mientras el acusado se dirigió donde su madre para advertirle que estaría en el cuarto del patio con la víctima y que le diera aviso por si llegaba la policía a buscarlo. Acto seguido el acusado se dirigió nuevamente hacia el cuarto donde se encontraba encerrada la víctima y apuntándole con el arma de fuego, la empujó contra una cama, la obligó a bajarse el pantalón, después el blúmer y procedió a penetrar en la vagina de la víctima su pene, luego la obliga a realizarle sexo oral en su pene y nuevamente el acusado procede a penetrarla vía vaginal por segunda vez. Momentos después de la agresión sexual el acusado la obligó a tomarse dos pastillas pequeñas blancas, lo que provocó que la víctima se durmiera sin tener conciencia de nada más. Al día siguiente diecinueve de julio del dos mil doce, en horas de la mañana la señora \*\*\*\*\* , mamá de la víctima en compañía de su hija \*\*\*\*\* se presentaron en la casa del acusado \*\*\*\*\* con el fin de sacar de dicho lugar a la víctima \*\*\*\*\* y posteriormente se dirigieron a la estación policial del Crucero a interponer formal denuncia contra el acusado \*\*\*\*\* . Como producto de la violencia sexual que el acusado ejerció hacia la víctima produjo un estrés agudo, con síntomas variados, lo que produjo un daño a su salud psíquica, por lo que se recomendó como urgencia que la menor víctima asista a especialidad por psicología. **Segundo:** La acusación fue radicada en el Juzgado Séptimo Distrito de lo Penal de Audiencias de la Circunscripción de Managua, quien realizó las Audiencias correspondientes, y el Juicio Oral y Público, habiendo sido declarado el acusado culpable, dictada la sentencia condenatoria posteriormente, el siete de noviembre del dos mil doce, a las once y veinte minutos de la mañana, el Juez A quo le



impuso la pena de QUINCE AÑOS DE PRISION, por ser autor del delito de VIOLACIÓN AGRAVADA, en perjuicio de la niña de iniciales \*\*\*\*\* De la sentencia dictada, se recurrió de apelación por parte de la defensa Lic. CAROLINA DEL CARMEN RIVERA, misma que fue admitida, mandada oír a la parte contraria quien se reservó su derecho de contestar oralmente en audiencia. Remitidos los autos ante esta instancia, se radican las diligencias, se brinda intervención de ley a las partes, convocándolas a Audiencia Oral y Pública, en la que, por ausencia justificada de la Doctora Adda Benicia Vanegas Ramos, se integró Sala con el Doctor Rafael Ángel Avellán, Magistrado de la Sala Penal Uno, puestos en conocimiento de las partes, no mostraron objeción alguna de la integración de Sala.

**III. EXPRESION DE AGRAVIOS DE LA PARTE APELANTE.** En su momento expresados por escrito en la interposición del Recurso, se indican a continuación en la parte conducente: **PRIMER AGRAVIO:** sostiene que no hay un sustento de la Prueba, la acusación presentada por el Ministerio Público no fue sustentada en juicio, y los testigos no desvirtuaron el principio de presunción de inocencia de su representado, que hay contradicciones, y no se probó, el modo, el cuándo, el por qué de los hechos, en qué casa, en qué cama, ni en qué lugar se cometió la supuesta violación acusada por el Ministerio Público. **SEGUNDO AGRAVIO:** Violación al Arto. 77.5 CPP, la Acusación no fue clara, precisa, concisa y circunstanciada de los hechos. **TERCER AGRAVIO:** Violación al arto. 275 CPP ya que no se le permitió ampliar el escrito de intercambio de información y pruebas a favor de su representado ya que el abogado anterior no presentó pruebas sino que se limitó a refutar. **CUARTO AGRAVIO:** se violó el arto. 307 del CPP, ya que antes de declarar los testigos fueron asesorados en una sala de testigos, por la Honorable fiscal a la vista de todos los presentes, **acerca de lo que ocurriría en el juicio**. **QUINTO AGRAVIO:** Arto. 134 CPP.- Violación al arto. 134 del CPP, (vencimiento de plazo de duración del proceso para privados de libertad), por cuanto la primera audiencia se realizó el día veintiuno de Julio del dos mil doce y el juicio finalizó el día treinta y uno de octubre del año dos mil doce, conforme el acta de juicio oral y público y el acta de audiencia preliminar. Por dichos puntos solicito la Revocación de la Sentencia. Además ofreció pruebas para la segunda instancia (testifical y documental). En la réplica, sostuvo que hizo solicitud de ampliación de información y pruebas, pero le fue denegado por el Juez A Quo, dejándole en indefensión. La relación de hechos señalan una fecha y que la llevó al fondo del patio, donde hay una bodega, para abusarla sexualmente,



pero la inspección demuestra que allí no cabe cama alguna, sin embargo la testifical de cargo habla de una cama, lo cual es contradictorio. Los testigos de cargo, en consecuencia hablan de hechos distintos a lo sostenido en la acusación. La víctima y su señora madre vinieron al juicio obligados por fiscalía y estuvieron siendo asesorados por Fiscalía. No encuentra lógica en la fundamentación fáctica y hay falta de pruebas. No se detectó en la víctima presencia de sustancia alguna y respecto al arma hay contradicciones si se encontró en el lugar del hecho (bodega) o en la parte externa al tratar de correrse su defendido, según los testimonios contradictorios.

**IV. CONTESTACION DE AGRAVIOS DE LA PARTE RECURRIDA (MINISTERIO PÚBLICO)** Durante la audiencia oral y pública, la representante del Ministerio Público **LIC. VILMA SLILMALILA ZUNIGA** ha contestado en el sentido siguiente: solicita no dar lugar al recurso de apelación interpuesto por la defensa. Sobre los agravios primero y segundo, relata la defensa que la prueba incorporada en juicio no demostró los hechos acusados por el Ministerio Público, no obstante al momento de la realización del juicio compareció la menor víctima de iniciales \*\*\*\*\*., de \*\*\*\*\* años en compañía de su mamá y expresó de forma conteste y coherente la forma en que el acusado la interceptó, la intimidó con una arma de fuego y la llevó obligada hasta su vivienda, la introdujo en un cuarto usado como bodega donde la agredió sexualmente habiéndola accedido dos veces vía vaginal y una vía bucal, en ese mismo lugar es donde fue encontrada la víctima por su madre y hermana, por cuanto ante su ausencia, comenzaron a buscar a la víctima, personas del lugar les expresaron que habían visto entrar a la menor a la vivienda del acusado y se dirigieron al lugar y la encontraron allí sin ropa y al momento de ser sorprendido in fraganti el acusado que estaba con la menor víctima, éste se vistió y salió corriendo del lugar. El acusado tenía una relación de confianza con la víctima ya que era cónyuge de la hermana mayor de la víctima y se demostró en juicio que no era la primera vez que el acusado acosaba a la víctima y la tenía amenazada por que le decía que mataría a su hermana mayor y a su mamá. También comparecieron otros testigos y la mamá de la víctima quienes la encontraron en la vivienda del acusado. Compareció el médico forense con quien se acreditó la agresión sexual que sufrió la víctima; la psicóloga forense determinó que la víctima presenta una afectación a la integridad psíquica producto de la agresión sexual vivida acreditándose así los hechos y que corroboró el testimonio de la víctima al judicial,



fue el mismo testimonio que mantuvo la víctima al momento de ser valorada, y se acreditó que no fue la primera vez que ello sucedía, pero por temor no había dicho nada a su madre. La investigadora del caso con su testimonio se incorporaron los distintos actos de investigación realizados y demuestran la participación del acusado en los hechos, y tres oficiales de policía con quienes se procedió a la captura del acusado, quienes a su vez le encontraron un bolso donde portaba el acusado un arma de fuego que fue utilizada por éste para intimidar a la víctima y así cometer el delito, se cuenta además con el recibo de ocupación del arma de fuego incorporado también en el juicio. La acusación, conforme el art.77.5 CPP., ha sido clara, precisa y circunstanciada, en lo que corresponde al objeto de la misma, cuando se imputa un solo hecho, el del 18 de Julio 2012, las circunstancias de tiempo, modo y lugar están dadas, la atribución y participación del acusado, la posible calificación jurídica, se han complementado y la prueba que se contaba al momento de presentar la acusación, fueron enunciadas, para luego ser incorporadas al Juicio oral. El tercer agravio relacionado con las pruebas ofrecidas por la defensa (ampliación de información y pruebas), se ofrecieron fuera del término establecido por la ley y el judicial se pronunció oportunamente al respecto. En relación al cuarto Agravio, con la aseveración de la recurrente de haber actuado con deslealtad el Ministerio Público el día del Juicio, al haber asesorado, entendiéndose aleccionado a los testigos, la representación fiscal es enfática que como representante de víctima efectivamente estuvo en contacto con ella y sus testigos, que es su deber prepararles, pero al momento del juicio los testigos estaban en una sala de testigos del Complejo Judicial y es obligación reunirse con estos testigos antes del juicio para prepararlos en el momento de su declaración y no hubo violación al debido proceso. En relación al quinto agravio sobre el presunto vencimiento del término de duración del proceso para privados de libertad, sostiene fiscalía que efectivamente el proceso terminó el 31 de octubre del dos mil doce y dio inicio el 21 de julio del mismo año, sin embargo en el expediente judicial hubo varias interrupciones del cómputo de duración del proceso, como demora atribuible a la defensa, ya que el acusado tuvo como tres defensores en su momento y éstos pedían reprogramaciones e incorporación de escritos de intercambio de información fuera de tiempo y la defensa en su momento lo planteó como incidente, y no se le dio lugar debido a las interrupciones que pueden verificarse en el expediente judicial, y que fueron atribuibles a la defensa. Ha solicitado se confirme la sentencia condenatoria y se



tome en consideración los Convenios y Tratados Internacionales y como la víctima es una menor que contaba con \*\*\*\*\* años al sufrir este hecho, se tome en consideración el Interés Superior del niño, por el daño a su integridad psíquica que le impide un desarrollo integral y amerita atención especializada en psicología.

## **V. FUNDAMENTOS DE HECHO, VALORACION DE LOS AGRAVIOS Y SU CONTESTACION.**

Los Magistrados que integran la Sala Especializada, después de analizar los planteamientos de la defensa recurrente, la contestación en oposición que hace fiscalía, frente a las motivaciones judiciales esgrimidas en la sentencia objeto del presente recurso, somos del criterio que hemos de confirmarla en todas y cada una de sus partes, por las siguientes razones.

**Primero:** No haremos una enumeración expresa de los distintos medios probatorios incorporados al juicio, tanto testificales como periciales. Coincidimos con el Juez A Quo, en el sentido que la prueba desahogada en el Juicio es conteste, coherente y es uniforme, al ser valorada en su conjunto y en base al criterio racional. En los hechos bases de que la víctima \*\*\*\*\* fue objeto de acceso carnal vía vaginal, se encuentra demostrado en forma fehaciente, a través de la valoración médico forense a cargo del Dr. \*\*\*\*\*, quien establece la compatibilidad de la relación de los hechos y lo encontrado con una experiencia de violencia sexual, encontró signos de relación sexual reciente como por ejemplo dos zonas erosivas en labios menores por fricción y una equimosis a las diez horas según manecillas del reloj. El himen presenta dos desgarros cicatrizados a nivel de las 3 y las siete horas según las manecillas del reloj en posición ginecológica, lo cual es compatible con el relato de la víctima respecto a la última agresión sexual, es decir la reciente del 18 de julio del año dos mil doce (erosión y equimosis genitales), también con el hecho de que no era la primera vez, es evidencia de ello los dos desgarros cicatrizados, que ha encontrado desgarró de la membrana himeneal y luego la psicóloga forense de igual manera rescata en un primer momento el relato vivencial de la víctima compatible con experiencia sexual vivida por la niña, su credibilidad ha sido exaltada, luego no es algo inventado en modo alguno. De igual manera la psicóloga forense \*\*\*\*\*, al emitir su dictamen rescata el relato de la víctima, donde aparecen dos episodios, el primero del uno de Julio 2012,



respecto al cual, fiscalía no formuló acusación y por ello, no nos pronunciamos en respeto al principio acusatorio. No obstante el segundo hecho es del dieciocho de julio 2012 en que el acusado intercepta a la víctima y la conduce en los términos relacionados en la acusación hasta el cuarto-bodega de la parte trasera o patio de la vivienda de su mamá, lugar donde la víctima fue encontrada en la mañana del 19 de julio 2012. La psicóloga claramente establece que al momento de la entrevista la víctima se mostraba con afecto triste, lloraba mucho, se aquejaba de dolor por lo que pasó, se sentía sucia, como si no va a volver a ser la misma de antes: alegre, risueña; se sentía atrapada como que nunca iba a salir de ese estado; mostraba ansiedad, mostraba retraimiento social, no deseaba platicar con nadie, sentimientos de soledad, presentaba insomnio, pesadillas relacionadas a la experiencia traumática sexual, pensamientos intrusos, desconfianza y miedo a los hombres. Afectación del auto estima. Con esta sintomatología, se diagnosticó un estrés agudo, con deterioro del auto estima y síntomas depresivos, constituyendo un daño a la salud psíquica que demanda atención urgente con especialidad de psicología. La pericial tanto de médico como de psicóloga forenses, son coherentes como puede advertirse en aspectos que evidencian la existencia de una violencia sexual. Un último aspecto a ponderar en relación a la existencia o no de esa vulneración a la indemnidad sexual de la víctima, es el hecho de que está demostrada su edad, mediante el certificado de nacimiento incorporado al juicio como documental, establece que nació el \*\*\*\*\*, es decir que a la fecha de los hechos 18 de julio 2012, contaba con la edad de \*\*\*\*\* años y \*\*\*\*\* meses. La ley dispone que se configura el delito de violación en menores de catorce años, cuando se accede carnalmente en ellos, sea vía vaginal, anal o bucal, exista o no consentimiento de las víctimas, por cuanto, el principio del interés superior de la niñez, el derecho a su desarrollo integral, comprenden o sugieren la configuración de un delito gravísimo, este tipo de acontecimientos al margen de la ley, por los daños inmediatos en el aspecto físico y psicológico, la afectación de áreas familiares, sociales, escolares y las secuelas que a futuro pueden derivar, atentando precisamente con su desarrollo armonioso y desenvolvimiento como persona en sociedad. El acceder carnalmente a personas menores de 14 años, configura la existencia del delito de VIOLACIÓN, en atención de la indemnidad e integridad sexual que la niñez debe gozar, de ningún valor debe atenderse alegaciones sobre el presunto consentimiento de las víctimas en estos casos. **Segundo:** La parte apelante,



sostiene que la prueba es insuficiente y no se desvirtuó la presunción de inocencia del acusado, no obstante, esta apreciación, no podemos compartirla. La sentencia del Juez A Quo, además de enunciar la prueba vertida en juicio, llega a establecer de forma concreta, el rendimiento probatorio para producirle certeza de la participación del acusado en estos hechos, tanto por el testimonio de la víctima que es una principalísima testigo, máxime la naturaleza de este tipo de delitos, respecto al cual, otros testigos presenciales generalmente no existen, por cuanto ningún depredador sexual, esto lo hace frente a terceros para ser descubierto luego. En casos como el presente cuentan con la complicidad de amigos y familiares, que por consanguinidad o afinidad, no evitan que estos acontecimientos se desarrollen, siendo prevalente los paradigmas y culturas androcéntricas, que toleran y facilitan que adultos abusen y ultrajen sexualmente a niños, niñas y adolescentes, tal como se desprende de los testimonios, que antes del 18 de julio 2012, ya se había dado un acontecimiento en que fue denunciado el acusado, detenido, pero luego puesto en libertad. No obstante el hecho volvió a reiterarse y como está demostrado con la testimonial en su conjunto, el acusado llevó al cuarto – bodega de la parte trasera de la vivienda de su mamá a la víctima, para accesarla carnalmente vía vaginal (cinco veces se afirma en el relato ante psicóloga) y vía bucal, después de lo cual le dio dos pastillas a la víctima, perdiendo ésta el conocimiento y no saber que mas sucedió, hasta la mañana siguiente que fue encontrada desvestida y en el cuarto-bodega con el acusado también desnudo que al sentirse descubierto se viste y sale corriendo para esconderse en un ropero de su progenitora, en la misma casa. También está demostrado mediante la prueba testifical de oficiales de policía que lo capturan el 19 de julio 2012, y el testimonio del oficial investigador y de inspecciones, el hallazgo de un revolver, que luego fue reconocido por la víctima, como el arma de fuego, con la cual había sido intimidada por el acusado para conseguir sus propósitos, la amenaza e intimidación era hacia la integridad física de la víctima y de su hermana mayor, amenaza de privarles de la vida si no accedía. La detención del acusado se da en circunstancias de búsqueda y captura tras la denuncia presentada por la madre de la víctima, estaba cerca de la casa y trata de huir introduciéndose en la vivienda de la madre y es encontrado dentro de un closet, (descrito como cajón para guardar ropa). Por otro lado, la prueba testifical demuestra que la víctima fue encontrada sin ropas y la tenía el acusado dentro del cuarto – bodega, en la mañana del 19 de julio 2012, fue su señora



madre y una hermana de la víctima quienes la encuentran en esas circunstancias. En estos dos apartados precedentes, motivamos la desestimación de los dos primeros agravios del recurso. **Tercero:** Se desestima el tercer agravio relacionado a la denegación de la prueba ofrecida por la defensa en el escrito de intercambio de información y pruebas. En audiencia oral del recurso, los infrascritos magistrados, desestimamos la posibilidad de incorporar pruebas ofrecidas por la defensa en segunda instancia, por cuanto resultaba improcedente, al no cumplir con las exigencias del arto. 384 CPP., que en lo conducente dispone: “... Sólo se permitirá la práctica de prueba que no se haya practicado en la primera instancia **sin culpa del recurrente**, la que **se ignoraba en la instancia** por el apelante y la que **fue indebidamente denegada** al impugnante”. Advertimos que en primera instancia, la honorable defensa presentó escrito de ampliación de información y pruebas de forma extemporánea, incluso el Juez A Quo, ya se había pronunciado al respecto por auto de las nueve y cuarenta minutos de la mañana del doce de octubre del dos mil doce, al contravenirse el arto. 275 CP, resolución que no fue impugnada en modo alguno y atendido el planteamiento en esta instancia, se ha desestimado a la luz del arto. 384 CPP, al ser notoria la extemporaneidad de la solicitud en la primera instancia, y al ser ofrecido en segunda instancia, tampoco justifica en modo alguno que éstas fueran ignoradas, no hubiere culpa de la recurrente o fuere denegada indebidamente. Somos del criterio que la denegatoria de prueba por el Juez A Quo, es correcta, por no estar ofrecida en la forma prevenida por la ley y ser extemporánea a la luz del arto. 275 y 384 CPP. Adoptada y notificada de la resolución denegatoria de la prueba ofrecida durante la audiencia oral del Recurso de Apelación, tampoco fue impugnada por la defensa. Todo por lo cual, reiteramos la decisión y desestimamos el agravio por el motivo invocado en el recurso. **Cuarto:** Debe desestimarse el cuarto agravio invocado en el Recurso, por cuanto dentro de un sistema adversarial, es típico que las partes tengan contacto con las personas que representan y los testigos en quienes se apoyan para hacer valer sus pretensiones. Los testigos se preparan, siempre dentro del marco de la buena fe y la lealtad procesal y ello es propio de quien acusa como de quien defiende. La ley no obstante procura en aras de la sanidad procesal que no exista contacto entre el testigo que ha depuesto, en relación a quienes aún faltan por declarar. Este planteamiento de la ley, es precisamente abonando respecto a la transparencia del acto de juicio y no haya posibilidad de contaminación de los testimonios,



sin embargo, la posible contravención, no acarrea nulidad o inhabilidad para declarar los testigos, lo que corresponde a la parte procesal posiblemente afectada, es alertar y plantear al juzgador la contravención, a efecto de que éste tome las ponderaciones debidas cuando le corresponda hacer la valoración de la prueba, es decir en su contenido y en relación a las demás pruebas incorporadas, para detectar elementos que puedan hacerle perder la credibilidad y el sustento probatorio. El **Arto. 307 CPP, en lo conducente establece:** “...**Testigos.** Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurra en el Juicio. No obstante, el incumplimiento de la incomunicación no impedirá la declaración del testigo, pero el juez o el jurado, según el caso, apreciará esta circunstancia al valorar la prueba...” No hemos percibido, ni del acta de juicio ni de la grabación del mismo, aspecto que indique tal vulneración y en cuanto al desarrollo de las declaraciones y su contenido, las mismas se desarrollan en una forma natural conforme el examen y el contra examen, sin tener elementos claros de aleccionamiento para desdeñar la credibilidad de la prueba testifical en general.

**Quinto:** El quinto agravio, relativo a la alegación del “vencimiento del plazo de la duración del proceso para privados de libertad”, analizado el cómputo en legal forma, es una situación que aparte de haberse pronunciado con antelación el Juez A Quo, ante el incidente promovido desde primera instancia, se estableció por resolución oral que consta en acta de continuación del Juicio del 23 de octubre del dos mil doce, que el asunto se encontraba dentro del plazo previsto por la ley, tomando en cuenta que el proceso inició con audiencia preliminar el 21 de julio del dos mil doce y el juicio concluye con fallo de culpabilidad el día 31 de octubre del 2012, hubieron términos que fueron interrumpidos, su cómputo por circunstancias atribuibles a la institución de la defensa. Lo cual se ha corroborado por esta sala, advirtiendo que el juicio fue programado o convocado por el Juez A Quo en cuatro fechas, siendo estas el 17 de septiembre, 28 de septiembre, 8 de octubre y 17 de octubre, todos del dos mil doce. Las reprogramaciones se debieron a abandono de defensa privada por no haber presentado intercambio de información y pruebas, luego defensoría pública tampoco se constituye menos intercambia pruebas, sucediéndose rápidamente dos designaciones de defensor privado, uno de los cuales un día antes del juicio señala que va a refutar pruebas y luego la última defensa (hoy recurrente) es nombrada el propio día del



juicio (tercer convocatoria), estableciéndose en todas las resoluciones que la demora era atribuible a la defensa conforme el arto. 134 CPP. Por esas razones hubo necesidad de reprogramar las fechas indicadas, logrando iniciar el juicio el 17 de octubre, continúa el 23 de octubre y concluye el 31 de octubre del dos mil doce con el fallo de culpabilidad (tres audiencias). Legalmente lo que se contabiliza, habiendo restado el tiempo de demora atribuible a la defensa, es de **dos meses once días, que duró el proceso desde la audiencia preliminar y la última audiencia de juicio oral donde se declara culpable** al hoy acusado, por lo que no se vulneró el plazo de duración del proceso para privados de libertad que es de tres meses. No se puede contabilizar el plazo que va del diecisiete de septiembre dos mil doce, al diecisiete de octubre del dos mil doce, porque es el plazo interrumpido por tres reprogramaciones de juicio por causas imputables a la institución de la defensa, observando por el contrario, clara diligencia del Judicial al hacer las reprogramaciones de Juicio, en promedio de una semana a nueve días máxime entre una y otra reprogramación y ya en el Juicio iniciado, llega a desarrollar tres audiencias y concluirlo dentro del plazo previsto en la Ley.

**Sexto:** Conforme las “Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, que mandata en su sección segunda del capítulo preliminar, que todo niño, **niña** o adolescente, debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. Las “**Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos**” en su **arto. 7, que enuncia:** “Sabido que millones de niños de todo el mundo sufren daños como resultado del delito y el abuso de poder, que sus derechos no se han reconocido de forma adecuada y que pueden sufrir otros perjuicios en el transcurso del proceso de justicia; b) Reconociendo que **los niños son vulnerables y requieren protección especial apropiada para su edad, nivel de madurez y necesidades individuales especiales;** c) Reconociendo que las niñas son especialmente vulnerables y pueden ser objeto de discriminación en todas las etapas del sistema de justicia; d) Reafirmando que **se debe hacer todo lo posible por prevenir la victimización de los niños**, inclusive, mediante la aplicación de las Directrices para la prevención del delito”, **Reiteramos** como Magistrados integrantes de esta Sala Especializada en Violencia y Justicia Penal de Adolescentes, **los principios rectores del ordenamiento jurídico internacional y nacional, reconocidos**



**además en** la Convención de los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño, entre otros los principios de Dignidad, No discriminación, Interés Superior del niño, Protección y Desarrollo Armonioso. **Consecuentes** con el mandato constitucional estatuido en el arto.71Cn., que dispone: **“La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña”**, y el artículo 76 Cn., que esgrime **“El Estado creará programas y desarrollará centros especiales para velar por los menores; éstos tienen derecho a las medidas de prevención, protección y educación, que su condición requiere por parte de su familia, de la sociedad y el Estado”**. Así mismo los principios rectores del Código de la Niñez y la Adolescencia, para la protección de niños, **niñas** y adolescentes **contra todas formas de abuso entre ellos los de naturaleza sexual**, el interés superior del niño, niña y adolescentes, dirigidos al desarrollo integral, como administradores de justicia, estamos en el deber de ejercer una tutela efectiva de los derechos de la víctima quien a la fecha de los hechos, contaba con \*\*\*\*\* años de edad, vulnerable no solo por edad, sino también por su condición de niña, entiéndase fémica, en sociedades patriarcales como la nuestra, donde no hay escrúpulos y empiezan a ser objeto de toda índoles de abusos y acosos de su sexualidad, cuando empieza como en el presente caso, a su desarrollo biológico, pasar del umbral de ser niña, al de pre adolescente, sin la experiencia de vida, desarrollo cognitivo, emocional o psicológico, para precaver el daño y abuso del que es objeto. La Ley 779, inspirada en estas premisas legales y en particular nuestra Constitución Política, el Código de la Niñez y la Adolescencia, la Convención de Belem do Pará y la CEDAW, obligan a actuar con rigor, contra todas formas de violencia o discriminación hacia la mujer, la protección integral y especial, contra todo tipo de abusos, con muy especial énfasis, en los delitos de naturaleza sexual, en virtud del principio y garantía del respeto a su integridad física, psicológica y sexual. La indemnidad sexual de niños y niñas, es una institución tuteladora de esa condición especial de vulnerabilidad a la que se exponen víctimas como \*\*\*\*\* , abusos dentro de los cuales, no son ellas las culpables, sino el agresor que se ha prevalido de su superioridad física, emocional, psicológica, de la relación de confianza que significó haber sido su cuñado y en algún momento haber cohabitado en la misma casa. Por todas estas razones, nos avocamos a confirmar la sentencia en todas y cada una de sus partes, al encontrar



justificadas en forma razonable y dentro del marco de nuestra ley, tanto la calificación jurídica como la pena impuesta por el Juez A Quo, máxime que la gravedad misma de los hechos, resulta evidente, cuando no era la primera vez que el acusado abusaba sexualmente de la víctima, la tenía amenazada con una arma de fuego para que no contara a su madre u otras personas, el último acontecimiento, la vulneró en forma repetida, hasta cinco veces recuerda la víctima mediando accesos vaginales y orales, hasta que pierde el conocimiento por la ingesta de dos pastillas, pero los signos de relación sexual reciente y el lugar donde es encontrada, son evidencias de la existencia del delito y de la responsabilidad del acusado, con el agravante del daño psicológico que requiere de la atención especializada. La víctima, debe recibir atención por la especialidad de psicología a cargo del Ministerio de Salud de la República de Nicaragua, como consecuencia de una justicia restaurativa en atención a la vulneración de su indemnidad e integridad sexual.

#### **POR TANTO:**

De conformidad con los artículos 34, 71, 76, 153, 158, 159, 160 y 167 Cn.; Artículos 1, 5, 9, 10, 26, 44, 48, 76,g, del Código de la Niñez y la Adolescencia; artículos 1, 5, 7, 9, 17, 110, 361, 369, 371, 380, 381, 383, 385 CPP; Arto. 16, 78.1, 169 a, d, CP., artículos 1, 4, 8, 32 de la Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reformas al Código Penal,(Ley 779), Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, Artos. 4, 7, Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, Convención sobre los Derechos del Niño; Art. 1 y sig., Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer; Arto. 1 y sig., Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer; demás normas generales y de pertinente aplicación; LOS MAGISTRADOS INTEGRANTES DE LA SALA PENAL ESPECIALIZADA EN VIOLENCIA Y JUSTICIA PENAL DE ADOLESCENTES DEL TRIBUNAL DE APELACIONES, CIRCUNSCRIPCIÓN MANAGUA, **RESOLVEMOS: I. NO HA LUGAR AL RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA**, promovido por la Lic. CAROLINA DEL CARMEN RIVERA, en su calidad de defensa del acusado \*\*\*\*\*. **II. SE CONFIRMA** en todas y cada una de sus partes, la sentencia dictada por el Dr. Abelardo Antonio Alvir Ramos en su calidad de Juez Séptimo de Distrito Penal de Audiencias de Managua, el pasado siete de noviembre del año dos mil



doce a las once y veinte minutos de la mañana, por la que se condena al acusado \*\*\*\*\* a la pena principal de quince años de prisión por ser autor del delito de VIOLACIÓN AGRAVADA en perjuicio de la niña de iniciales \*\*\*\*\* de \*\*\*\*\* años de edad representada por su señora madre \*\*\*\*\*. **III.** Se ordena medida especial de protección a favor de la niña víctima, el recibir atención especializada en psicología, por parte del Ministerio de Salud, debiendo girarse el oficio respectivo al SILAIS Managua para los efectos de ley. **IV.** Vuelvan los autos a su lugar de origen con testimonio concertado de lo resuelto. **V.** Cópiese y Notifíquese. **(F) S.M.P.P., J.F.VEGA., R.A.AVELLÁN., J.BENAVIDES (SRIO).**



**Paraguay**



# RECURSO DE CASACION ABSOLUCION

## Violación reglas previstas para hechos punibles relacionados Con los pueblos indígenas.

**PAÍS:** PARAGUAY

**TRIBUNAL:** Corte Suprema de Justicia

**MATERIA:** Proceso Penal. Se HACE lugar al recurso extraordinario de Casación. ANULA el Acuerdo y Sentencia Número 10 de fecha 07 de abril de 2017. Se ABSUELVE a los imputados.

**DERECHOS VINCULADOS (PALABRAS CLAVES):** La violación de las reglas previstas del procedimiento para los hechos punibles relacionados con los pueblos indígenas, específicamente la ausencia del consultor técnico especializado, prevista en el art. 433 numeral 1) del CPP, el otro agravio hace referencia a lo previsto en el art. 175 del CPP, el cumplimiento de las formas previstas para la valoración conforme a la sana crítica, específicamente el testigo de referencia o de oída y las huellas dactilares.

### BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS

Con respecto a la Sentencia Definitiva Numero 09 de fecha 22 de abril de 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes paso a exponer cuanto sigue: Cabe recordar que cuando se invoca como motivo de casación el art. 478 numeral 3) del CPP, sentencia infundada, este concuerda directamente con lo establecido en el art. 403 numeral 4) del CPP, donde se menciona cuáles son los vicios de la sentencia que precisamente habilitan la apelación especial y la casación, y en el punto específico del citado artículo, define en qué casos la sentencia es infundada.

En ese sentido, debo mencionar respecto al primer agravio, que la Constitución Nacional en su art. 63, reconoce el derecho de los pueblos indígenas y establece de manera clara e imperativa que en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta siempre el derecho



consuetudinario, es decir, la aplicación del derecho consuetudinario a los miembros de comunidades indígenas es un derecho de rango constitucional, que además está taxativamente previsto en nuestra norma procesal penal. De igual manera, el Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales Número 169, adoptado en la ciudad de Ginebra en la 76° Reunión de la CIT en fecha 27 de junio de 1989, en sus artículos 8 al 10, hace referencia respecto al tratamiento que se deben dar a los miembros de las comunidades indígenas que son procesados penalmente. El capítulo de procedimientos para los hechos punibles relacionados con pueblos indígenas, prevé el procedimiento especial para esos casos y las reglas que se deben seguir cuando un miembro de la comunidad indígena sea procesado penalmente, y de manera expresa establece que tanto en la etapa preparatoria, etapa intermedia y en el juicio oral y público, es obligatoria la presencia y el dictamen de un perito técnico especializado en cuestiones indígenas. El incumplimiento de estas reglas, además de violar un derecho de rango constitucional y establecido de igual manera en Convenios Internacionales ratificados por Paraguay, y con plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, afecta un principio fundamental del sistema procesal Penal acusatorio, también consagrado constitucionalmente, que es el derecho a la defensa, señalado en el art. 6 de CPP.

Puesto que para aplicar el Derecho Consuetudinario que ampara la Constitución Nacional y los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Paraguay, es necesario conocer la forma de vida, costumbres y tradiciones de la comunidad indígena del miembro que está siendo procesado penalmente, para esto, precisamente es necesario la presencia del consultor técnico especializado en cuestiones indígenas, situación que no se ha dado durante el proceso penal. Esta violación a las reglas establecidas en favor del imputado, y que afectan el ejercicio de la defensa en juicio, no pueden ser subsanables de ningún modo, puesto que justamente las formas están taxativamente previstas para precautelar esos derechos fundamentales por su vital importancia, y apartarse de ellas implica la nulidad absoluta de las actuaciones, y como consecuencia, todos los actos ulteriores al vicio cometido carecen de validez, puesto que de ninguna forma estas actuaciones viciadas podrían ser subsanadas para que dicho acto tenga validez, precisamente en determinados actos procesales de gran relevancia, existen formas exigidas por la ley que deben ser cumplidas de manera que con esto se puedan precautelar los derechos consagrados.



La nulidad absoluta, es la sanción procesal que se aplica a una actuación cuando la misma se realiza sin las formas previstas en la norma, afectando así un principio fundamental del proceso penal, que deviene de un derecho constitucional, en el caso concreto es el derecho a la defensa en juicio, consagrado en la Carta Magna, de esta manera, el acto viciado no puede ser subsanado de ninguna forma, y como consecuencia, no se puede retrotraer el proceso a etapas anteriores con la idea de volver a repetir el acto viciado para realizarlos con las formas exigidas, esto generaría un detrimento en los derechos del acusado, que además el art. 12 del CPP prohíbe de manera expresa. En el caso concreto, se observa que, durante todo el proceso penal, en la etapa preparatorio, en la etapa intermedia y en el juicio oral y público, los acusados, que son miembros pertenecientes a comunidades indígenas, no han contado con el apoyo técnico de un consultor técnico especializados en cuestiones indígenas, con lo cual no pudo conocerse respecto de sus usos y costumbres relacionados a la comunidad de los mismos, tal como garantiza la Constitución Nacional y de la misma forma el Código Procesal Penal. Esta situación no solo imposibilitó que se pueda conocer a profundidad la forma de vida y las costumbres de la comunidad en que vivían los acusados, para de esa manera poder decidir y aplicar el derecho de la manera correcta, sino que también con esto se limita el ejercicio del derecho a la defensa, ya que los acusados miembros de la comunidad debe ser asesorados de manera precisa y clara respecto de las implicancias que pudiera tener un proceso penal en su contra, y asimismo los demás intervinientes, Ministerio Público y órganos jurisdiccionales deben conocer y entender las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas para así posibilitar el amplio ejercicio de la defensa en base a ellas.

Por lo tanto, se observar que claramente se han violado las reglas establecidas en el Código Procesal Penal para el para el juzgamiento de miembros de los Pueblos Indígenas, específicamente lo referente a obligatoriedad de la presencia de un consultor técnico durante el proceso.

Ahora bien, con relación a las huellas de manos y pies levantadas en el lugar del hecho, que el propio tribunal concluye en base al informe técnico, haciendo el contraste de la huella con la palma de la mano de Antolín Ayala, en donde se tuvo aproximadamente ocho puntos de coincidencia, y el citado informe técnico dice claramente que recién a partir de doce



puntos coincidentes con las huellas tomadas se puede colegir que corresponderían a las huellas dactilares de la misma persona. (...) Esto significa que deben ser aplicadas las reglas de la lógica en el momento en el que los juzgadores realizan el trabajo intelectual de valorar los medios de prueba. En este caso, claramente el Tribunal de mérito no siguió las reglas del razonamiento lógico al momento de valorar el medio de prueba señalado, ya que de manera contundente se concluyó en el informe técnico que científicamente a partir de doce puntos coincidentes recién se puede colegir que las huellas pertenecen a una misma persona, y el Tribunal de manera inversa estableció que Antolín Ayala fue el autor del hecho siendo que solo se han establecido ocho puntos coincidentes, y de ninguna manera, en este caso, se puede dar por acreditado tal hecho, en tal sentido, el tribunal se apartó del razonamiento lógico al momento de otorgar valor al medio de prueba, porque de ninguna manera podía arribar a tal conclusión, partiendo de la premisa establecida en el informe técnico, el cual fue claro y concluyente.

Otra cuestión que se suscita referente la violación de la regla de la sana crítica, se da con relación a la declaración testimonial del señor Guillermo Murillo, quien manifestó en el juicio oral y público que el propio Erich Giménez le contó en persona, que realizó el hecho con los otros acusados, es decir, los que atentaron contra la vida del señor Bernard Kheler, y que tal acontecimiento se dio por motivos económicos en virtud a la relación laboral existente entre la víctima y los acusados.

Esto no significa que el testigo de oída o de referencia deba ser rechazado de manera absoluta, sino que debe ser valorado con otros medios de prueba de manera conjunta, ahora bien, en ningún caso, teniendo como único medio de prueba la declaración de un testigo de referencia, se puede generar con este el grado de certeza absoluta ya sea positiva o negativa en los miembros del tribunal respecto de los hechos objeto de juicio que pretenden ser probados. El problema de las testigos de referencia radica en la casi nula eficacia demostrativa respecto de las circunstancias fácticas, ya que, en la declaración, el testigo no puede acreditar el contenido de sus dichos, solo se puede acreditar verazmente lo narrado por un tercero, la persona que le contó al testigo respecto de los hechos que este declara. En consecuencia el testimonio de referencia solo puede ser valorado eficazmente cuando existan otros medios de pruebas que puedan acreditar la veracidad de los acontecimientos



ocurridos, y que fueron narrados por el testimonio de referencia, por ejemplo, la declaración del testigo directo del hecho que presenció por sus sentidos los hechos, o algún medio de prueba documental o pericial que demuestre de manera fehaciente que los hechos ocurrieron en el sentido expuesto, solo así cobrará relevancia y eficacia probatoria la declaración de referencia. Teniendo en cuenta los vicios procesales señalados precedentemente, y los cuales no pueden ser subsanados de ninguna forma en esta etapa del proceso penal, generando así la nulidad absoluta de actuaciones, corresponde ANULAR la Sentencia Definitiva Número 09 de fecha 22 de abril de 2016, dictado por el Tribunal de Sentencia, y en consecuencia disponer la ABSOLUCIÓN de los acusados ANTOLÍN AYALA, ERICH GIMÉNEZ y ROFINO GIMÉNEZ, de conformidad a lo previsto en el art. 474 del CPP.

**OBSERVACIONES EXPEDIENTE:** “RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA ABG, BLANCA LILA MARTINEZ FLORES DEFENSORA PUBLICA WN DEFENSA DE LOS SEÑORES ANTOLIN AYALA, ROFINO GIMENEZ Y ERICH GIMENEZ EN LOS AUTOS: LUCIO WILFRIDO FUENTES Y OTROS S/ HOMICIDIO”.- ACUERDO Y SENTENCIA NUMERO 364

**EXPEDIENTE:** “RECURSO EXTRAUDINARIO DE CASACION INTERPUESTO POR LA ABG, BLANCA LILA MARTINEZ FLORES DEFENSORA PUBLICA WN DEFENSA DE LOS SEÑORES ANTOLIN AYALA, ROFINO GIMENEZ Y ERICH GIMENEZ EN LOS AUTOS: LUCIO WILFRIDO FUENTES Y OTROS S/ HOMICIDIO”.-

#### **ACUERDO Y SENTENCIA NUMERO 364**

En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los 4 días del mes de junio del año dos mil diecinueve, estando reunidos en la Sala de Acuerdos los Excmos. Señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Doctores MANUEL DEJESÚS RAMÍREZ CANDIA, MIRYAM PEÑA y LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA, por ante mí, la Secretaria autorizante, se trajo el expediente caratulado: "LUCIO WILFRIDO FUENTES Y OTROS S/ HOMICIDIO DOLOSO", a fin de resolver el Recurso Extraordinario de Casación planteado en contra del Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de Villa Hayes de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes.



Previo el estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes;

#### CUESTIONES:

¿Es admisible para su estudio el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto?

En su caso, ¿resulta procedente?

A los efectos de establecer el orden de votación se realizó el sorteo de ley que arrojó el siguiente resultado: RAMÍREZ CANDIA, PEÑA, BENITEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, EL DOCTOR MANUEL DEJESUS RAMIREZ CANDIA DIJO: La Abg. Defensora Publica Blanca Lila Martínez, plantea recurso de casación contra el acuerdo y sentencia N° 10 de fecha 7 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelación Multifuero de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes, expone como motivo de casación la falta de fundamentación de la sentencia, exponiendo como agravios la violación de las reglas previstas del procedimiento para los hechos punibles relacionados con los pueblos indígenas, específicamente la ausencia del consultor técnico especializado, prevista en el art. 433 numeral 1) del CPP, el otro agravio hace referencia a lo previsto en el art. 175 del CPP, el cumplimiento de las formas previstas para la valoración conforme a la sana crítica, específicamente el testigo de referencia o de oída y las huellas dactilares.

En cuanto al estudio de la primera cuestión, corresponde hacer un análisis de admisibilidad del Recurso Extraordinario de Casación planteado, teniendo en cuenta el principio de taxatividad objetiva que rige la materia recursiva en el proceso penal previsto en el art. 449 del CPP, y la interposición y trámite del mismo previsto en los arts. 468 y 480 del CPP, la regla general en materia de impugnaciones señala que solo se podrán recurrir las resoluciones judiciales en los casos expresamente establecidos siempre que causen un agravio al recurrente, de esta forma el recurso debe cumplir con los presupuestos de impugnabilidad objetiva, que la resolución recurrida sea la afectada al recurso, impugnabilidad subjetiva, que el recurrente sea la persona que tenga derecho a hacerlo.

Respecto al Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de Villa Hayes de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes, integrado por los magistrados, Gustavo Martínez, Víctor Sánchez Cano y Celsa



Rojas de Morínigo, es una Sentencia Definitiva emanada del Tribunal de Apelaciones ella, de conformidad a lo previsto en el art. 477 del CPP, solo es impugnabile por la vía del Recurso Extraordinario de Casación.

En relación al motivo de casación expuesto por la recurrente, es el previsto en el art. 478 numeral 3) de CPP, también se da, en razón a que menciona concretamente el agravio que le causa la resolución recurrida y lo argumenta de manera correcta haciendo un análisis racional de los motivos expuestos por el Tribunal Apelaciones y señala de manera precisa la norma que ha sido aplicada erróneamente.

En ese sentido expone como primer agravio, la violación de las reglas del procedimiento para miembros de comunidades indígenas, específicamente la falta de un perito técnico especializado en cuestiones indígenas, la fundamentación de este agravio es extensa y señala de manera precisa cuáles son los hechos en los que se basa, además menciona concretamente cuáles fueron las normas vulneradas en el caso particular.

Como segundo agravio, la recurrente menciona la violación de las reglas de la sana crítica en la valoración de los medios de prueba por parte del Tribunal de Sentencia, y en ese contexto, también se observa que la impugnante menciona y ataca concretamente cuáles son los vicios de la resolución recurrida que le causa el agravio y los motivos por los cuáles según su parecer, se produjo el vicio en la fundamentación de la decisión del Tribunal de Alzada, cumpliéndose así las exigencias básicas de fundamentabilidad del Recurso de Casación.

En atención a todo lo mencionado precedentemente, se observa que los presupuestos formales de admisibilidad del Recurso Extraordinario de Casación se hallan reunidos en su totalidad, por lo tanto, corresponde declarar admisible el recurso y pasar a analizar en consecuencia la procedencia del mismo.

A su turno, la Doctora MIRYAM PEÑA manifiesta que se adhiere íntegramente al voto emitido por el Ministro preopinante por los mismos argumentos.

A su turno, el Doctor LUIS MARIA BENITEZ RIERA manifiesta cuanto sigue: Que se presenta La Defensora Publica Blanca Lila Martínez, a interponer Recurso de Casación contra el



Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 7 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelación Multifuero de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes.

A tal efecto, deben ser analizadas las disposiciones contenidas en los artículos 477, 478, 480 y 468 del Código Procesal Penal, los cuales consagran las condiciones genéricas de interposición del recurso de casación estableciendo expresamente la conminación de inadmisibilidad, que se hará efectiva cuando el acto se cumpla en violación a los requisitos formales o a su contenido. En este contexto, la inadmisibilidad es una sanción procesal que consiste en la imposibilidad jurídica de que un acto ingreso al proceso, debido a su irregularidad formal, por inobservancia de una expresa disposición.

Los aspectos sobre lo que debe recaer el examen de admisibilidad son los siguientes: a) que la resolución impugnada sea recurrible (impugnabilidad objetiva); b) que quien interponga el recurso tenga derecho, es decir, que el sujeto esté legitimado para recurrir por tener interés directo en la impugnación y la capacidad legal para interponerlo con relación al agravio que la resolución le ocasiona (impugnabilidad subjetiva); y c) que concurren los requisitos formales de modo, lugar y tiempo que deben rodear el acto de interposición del recurso.

La recurrente impugna el Acuerdo y Sentencia dictado por el Tribunal de Apelación, está si evidencia el carácter de definitiva y extintiva del procedimiento, por lo que este fallo recurrido se torna pasible de ser revisado por la vía de la casación impetrada.

Con relación a la IMPUGNABILIDAD SUJETIVA ella refiere a la circunstancia de quienes impugnan tenga interés en recurrir En tal sentido, recurre en casación la Defensora Pública Abg. Blanca Lila Martínez, razón por la cual puede decirse que se encuentra efectivamente cumplido este requisito de admisibilidad.

La impugnación debe interponerse ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un plazo de diez días de notificada la resolución. La recurrente plantea el recurso de casación en fecha 2 de mayo de 2017, estando dicha presentación planteada en tiempo, por lo que se halla dentro del plazo establecido.

Ahora bien, con respecto a las condiciones de modo, la ley procesal dispone claramente que el recurso debe ser interpuesto por escrito fundado, expresando concreta y



separadamente cada motivo con sus fundamentos y la solución jurídica que pretende. Asimismo, el Art. 478 del mismo Código individualiza en sus tres incisos, los únicos y exclusivos MOTIVOS que hacen la procedencia del recurso extraordinario: "El recurso extraordinario de casación procederá exclusivamente: 1) cuando en la sentencia de condena se imponga una pena privativa de libertad de diez años y se alegue la inobservancia o errónea aplicación de un precepto constitucional 2) cuando la sentencia o el auto impugnado sea contradictorio con fallo anterior de un Tribunal de Apelaciones o de la Corte Suprema de Justicia, y 3) cuando la Sentencia y el auto sean manifiestamente infundidos".

En su escrito, la casacionista ha invocado como causal el inciso 3ro del artículo 478 del C.P.P., argumentando que "la resolución es manifiestamente infundada, pues el tribunal de apelación no analizó los agravios expuestos en la apelación especial". Solicita se haga lugar al recurso de casación y la desvinculación definitivamente de sus defendidos.

Debemos recordar que el acto impugnativo debe manifestarse por escrito y debe estar motivado en razones de hecho y de derecho que demuestren la existencia del vicio denunciado y la solución que corresponda al caso.

Al respecto, el Prof. Fernando de la Rúa, sostiene. "El recurso debe ser motivado y esa motivación debe ser suministrada por la parte recurrente en el mismo escrito de interposición, determinando concretamente el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta" (La Casación Penal — Depalma 1994).

Debemos señalar que la competencia del órgano Juzgador queda limitada a los motivos invocados en el escrito de interposición del recurso de manera que los motivos no se hallan consignados en el escrito respectivo o simplemente si los mismos no son argumentados por los impugnantes, es imposible dar trámite al recurso en cuestión tronándose así inadmisibles el planteamiento. El acto impugnativo debe bastarse a sí mismo.

La impugnante en autos no ha dado cumplimiento a este requisito, por demás necesario. Es más, la casación no es una instancia más, por lo que indefectiblemente deben puntualizar las bases legales que sustentan, para seguidamente concretarse los errores jurídicos de las resoluciones que resultan perjudiciales. La casacionista en su escrito de interposición debió



determinar el agravio, tanto en lo referente al vicio que denuncia como al derecho que lo sustenta y no argumentar los mismos agravios expuestos en la apelación especial, agravios que ya fueron analizados por el Tribunal de Apelación y el Tribunal de Sentencia en su momento.

Definitivamente, la apelante ha equivocado la forma de interponer el recurso de casación, ya que su escrito no puede asemejarse a una expresión de agravios, pues la naturaleza del recurso de casación es totalmente distinta. Debemos señalar que la atenta lectura del agravio de la recurrente, alega la falta de respuesta a sus cuestionamientos.

Finalmente, cabe destacar que esta Corte Suprema de Justicia, ya ha sostenido en fallos anteriores que el Recurso de Casación, no puede considerarse una tercera instancia, es por tal razón que la ley exige de una manera imperante la expresión de motivos del recurso de casación como una de las condiciones de admisibilidad, puesto que se debe individualizar en forma clara y específica el agravio. En ese sentido, la motivación debe ser requisito FORMAL de la presentación, ya que constituye el elemento primordial de contenido crítico, valorativo y lógico, por tal razón es obligación del casacionista demostrar la violación existente, el vicio o el error del que padece el fallo atacado, el modo en que afecta a sus derechos y solución que se pretende, extremos que la recurrente no ha cumplido. En estas condiciones y sin entrar a analizar el fondo de la cuestión planteada, se tiene que el recurso interpuesto es notoriamente inadmisibles, ya que no reúne todos los presupuestos formales de admisión, debiendo ser declarado en tal sentido. Es mi voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DOCTOR MANUEL DEJESÚS

RAMÍREZ CANDIA DIJO: En cuanto a la Procedencia del Recurso Extraordinario de Casación, habiendo el recurrente argumentado su postura en su escrito respectivo, corresponde pasar a analizar los agravios expuestos en el mismo.

Con respecto a los agravios expuesto por el impugnante, el Tribunal de Apelaciones no realizó una fundamentación lógica y suficiente basada en motivos de hecho y de derecho conforme lo establece nuestra normativa procesal en el art. 125 del CPP, además de eso, debe indicar el valor que le otorga a cada medio de prueba, lo cual es una exigencia, puesto



que la valoración de la prueba en nuestro sistema se rige por la sana crítica, y esta implica un proceso de razonamiento basado en las reglas de la lógica.

El Tribunal de Apelaciones en vez de contestar de manera concreta los agravios del recurrente, basándose en las exigencias legales para la fundamentación de la sentencia, expone una síntesis breve de manera general de lo que fue el fallo del Tribunal de Sentencia, se pone a relatar el camino que ha seguido el mismo para dictar su sentencia repitiendo los mismos argumentos y utilizando frases de rutina para intentar fundamentar de esa manera su decisión.

En parte de sus argumentos, el Tribunal de Apelaciones manifestó cuanto sigue: “el referido artículo limita las funciones del Tribunal de Alzada a la verificación la correcta aplicación del derecho, al cumplimiento de las garantías constitucionales y a la forma de valoración de las pruebas por el sistema de la libre convicción o sana crítica por parte del Tribunal A quo, como así también controlar la existencia o no de nulidades absolutas por ser estas de orden público. Esta limitación permite además que los hechos las pruebas puedan ser discutidos mediante un contradictorio, en un debate oral y público”.

De lo señalado por el Tribunal de Alzada, se observa claramente que se refiere de manera general a los principios y reglas que deben ser seguidos en el proceso penal en materia de valoración de medio de prueba, lo que el Tribunal debió hacer es explicar si la sentencia atacada cumple con esas reglas establecidas que señala de manera general, es decir, el deber de control de legalidad de la sentencia, implica un análisis de las reglas de logicidad seguidas por el Tribunal de Mérito, es justamente a esto que debe ceñirse el control, y en base a ese análisis exponer una fundamentación respecto de cada cuestión objeto del recurso.

El mero relato cronológico de lo ocurrido en el proceso de dictado de la sentencia, la descripción de frases que son utilizadas normalmente para referirse a ciertas figuras jurídicas o instituciones procesales, o la crítica genérica a un fallo dictado, no constituyen en ningún caso fundamentación lógica de la sentencia, al contrario, esto expresamente como señala el Código Procesal Penal, presupone un vicio de la misma de conformidad a lo establecido en el art. 403 numeral 4), justamente por apartarse de las reglas para la fundamentación de las sentencias que expresamente prevé nuestro ordenamiento.



Por lo tanto, teniendo en cuenta los argumentos señalados precedentemente, Anular el Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de Villa Hayes de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes.

Con respecto a la Sentencia Definitiva Numero 09 de fecha 22 de abril de 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes paso a exponer cuanto sigue: Cabe recordar que cuando se invoca como motivo de casación el art. 478 numeral 3) del CPP, sentencia infundada, este concuerda directamente con lo establecido en el art. 403 numeral 4) del CPP, donde se menciona cuáles son los vicios de la sentencia que precisamente habilitan la apelación especial y la casación, y en el punto específico del citado artículo, define en qué casos la sentencia es infundada.

En ese sentido, debo mencionar respecto al primer agravio, que la Constitución Nacional en su art. 63", reconoce el derecho de los pueblos indígenas y establece de manera clara e imperativa que en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta siempre el derecho consuetudinario, es decir, la aplicación del derecho consuetudinario a los miembros de comunidades indígenas es un derecho de rango constitucional, que además está taxativamente previsto en nuestra norma procesal penal.

De igual manera, el Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales Número 169, adoptado en la ciudad de Ginebra en la 76° Reunión de la CIT en fecha 27 de junio de 1989, en sus artículos 8 al 10, hace referencia respecto al tratamiento que se deben dar a los miembros de las comunidades indígenas que son procesados penalmente.

El capítulo de procedimientos para los hechos punibles relacionados con pueblos indígenas, prevé el procedimiento especial para esos casos y las reglas que se deben seguir cuando un miembro de la comunidad indígena sea procesado penalmente, y de manera expresa establece que tanto en la etapa preparatoria, etapa intermedia y en el juicio oral y público, es obligatoria la presencia y el dictamen de un perito técnico especializado en cuestiones indígenas.

El incumplimiento de estas reglas, además de violar un derecho de rango constitucional y establecido de igual manera en Convenios Internacionales ratificados por Paraguay, y con plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, afecta un principio fundamental del sistema



procesal Penal acusatorio, también consagrado constitucionalmente, que es el derecho a la defensa, señalado en el art. 6 de CPP.

Puesto que para aplicar el Derecho Consuetudinario que ampara la Constitución Nacional y los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Paraguay, es necesario conocer la forma de vida, costumbres y tradiciones de la comunidad indígena del miembro que está siendo procesado penalmente, para esto, precisamente es necesario la presencia del consultor técnico especializado en cuestiones indígenas, situación que no se ha dado durante el proceso penal.

Esta violación a las reglas establecidas en favor del imputado, y que afectan el ejercicio de la defensa en juicio, no pueden ser subsanables de ningún modo, puesto que justamente las formas están taxativamente previstas para precautelar esos derechos fundamentales por su vital importancia, y apartarse de ellas implica la nulidad absoluta de las actuaciones, y como consecuencia, todos los actos ulteriores al vicio cometido carecen de validez, puesto que de ninguna forma estas actuaciones viciadas podrían ser subsanadas para que dicho acto tenga validez, precisamente en determinados actos procesales de gran relevancia, existen formas exigidas por la ley que deben ser cumplidas de manera que con esto se puedan precautelar los derechos consagrados.

La nulidad absoluta, es la sanción procesal que se aplica a una actuación cuando la misma se realiza sin las formas previstas en la norma, afectando así un principio fundamental del proceso penal, que deviene de un derecho constitucional, en el caso concreto es el derecho a la defensa en juicio, consagrado en la Carta Magna, de esta manera, el acto viciado no puede ser subsanado de ninguna forma, y como consecuencia, no se puede retrotraer el proceso a etapas anteriores con la idea de volver a repetir el acto viciado para realizarlos con las formas exigidas, esto generaría un detrimento en los derechos del acusado, que además el art. 12 del CPP prohíbe de manera expresa.

En el caso concreto, se observa que, durante todo el proceso penal, en la etapa preparatorio, en la etapa intermedia y en el juicio oral y público, los acusados, que son miembros pertenecientes a comunidades indígenas, no han contado con el apoyo técnico de un consultor técnico especializados en cuestiones indígenas, con lo cual no pudo



conocerse respectos de sus usos y costumbres relacionados a la comunidad de los mismos, tal como garantiza la Constitución Nacional y de la misma forma el Código Procesal Penal.

Esta situación no solo imposibilitó que se pueda conocer a profundidad la forma de vida y las costumbres de la comunidad en que vivían los acusados, para de esa manera poder decidir y aplicar el derecho de la manera correcta, sino que también con esto se limita el ejercicio del derecho a la defensa, ya que los acusados miembros de la comunidad debe ser asesorados de manera precisa y clara respecto de las implicancias que pudiera tener un proceso penal en su contra, y asimismo los demás intervinientes, Ministerio Público y órganos jurisdiccionales deben conocer y entender las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas para así posibilitar el amplio ejercicio de la defensa en base a ellas.

Por lo tanto, se observa que claramente se han violado las reglas establecidas en el Código Procesal Penal para el para el juzgamiento de miembros de los Pueblos Indígenas, específicamente lo referente a obligatoriedad de la presencia de un consultor técnico durante el proceso.

Ahora bien, con relación a las huellas de manos y pies levantadas en el lugar del hecho, que el propio tribunal concluye en base al informe técnico, haciendo el contraste de la huella con la palma de la mano de Antolín Ayala, en donde se tuvo aproximadamente ocho puntos de coincidencia, y el citado informe técnico dice claramente que recién a partir de doce puntos coincidentes con las huellas tomadas se puede colegir que corresponderían a las huellas dactilares de la misma persona.

Siendo así, que no se dan los puntos coincidentes necesarios que señala el informe técnico, el tribunal da por acreditado que Antolín Ayala fue el autor del hecho, aquí no se trata de volver a valorar el medio de prueba producido en juicio oral y público, como en este caso es el informe técnico de las huellas, sino que verificar si en base a la producción de esa prueba, la valoración del tribunal de mérito fue correcta rigiéndose por la regla de la sana crítica como lo establece la norma procesal.

La sana crítica refiere "las pautas racionales fundadas en la lógica y la experiencia que hacen de la valoración judicial la emisión de un juicio formalmente válido (en tanto respeta las leyes lógicas del pensamiento argumentativamente sólido (en tanto apoyado en la



experiencia apuntala la convicción judicial) que) y demuestra o repite en los autos, la convicción formada en base a aquellas".

Esto significa que deben ser aplicadas las reglas de la lógica en el momento en el que los juzgadores realizan el trabajo intelectual de valorar los medios de prueba. En este caso, claramente el Tribunal de mérito no siguió las reglas del razonamiento lógico al momento de valorar el medio de prueba señalado, ya que de manera contundente se concluyó en el informe técnico que científicamente a partir de doce puntos coincidentes recién se puede colegir que las huellas pertenecen a una misma persona, y el Tribunal de manera inversa estableció que Antolín Ayala fue el autor del hecho siendo que solo se han establecido ocho puntos coincidentes, y de ninguna manera, en este caso, se puede dar por acreditado tal hecho, en tal sentido, el tribunal se apartó del razonamiento lógico al momento de otorgar valor al medio de prueba, porque de ninguna manera podía arribar a tal conclusión, partiendo de la premisa establecida en el informe técnico, el cual fue claro y concluyente.

Este razonamiento al que arribó el tribunal de sentencia se aparta de la experiencia y las reglas de la lógica, la cual implica que de los hechos acaecidos solo se puede establecer la conclusión en un solo sentido, y el tribunal termina dando por acreditado los hechos en otro sentido distinto al que sería el correcto, teniendo en cuenta el medio de prueba valorado (el informe técnico sobre las huellas), en consecuencia, esta decisión adoptada por el Tribunal de Mérito es errada porque se aparta del razonamiento lógico que es exigido por el sistema de valoración de pruebas en nuestro ordenamiento procesal penal.

Otra cuestión que se suscita referente la violación de la regla de la sana crítica, se da con relación a la declaración testimonial del señor Guillermo Murillo, quien manifestó en el juicio oral y público que el propio Erich Giménez le contó en persona, que realizó el hecho con los otros acusados, es decir, los que atentaron contra la vida del señor Bernard Kheler, y que tal acontecimiento se dio por motivos económicos en virtud a la relación laboral existente entre la víctima y los acusados.

Esto no significa que el testigo de oída o de referencia deba ser rechazado de manera absoluta, sino que debe ser valorado con otros medios de prueba de manera conjunta, ahora bien, en ningún caso, teniendo como único medio de prueba la declaración de un testigo de referencia, se puede generar con este el grado de certeza absoluta ya sea positiva o



negativa en los miembros del tribunal respecto de los hechos objeto de juicio que pretenden ser probados.

El problema de las testigos de referencia radica en la casi nula eficacia demostrativa respecto de las circunstancias fácticas, ya que, en la declaración, el testigo no puede acreditar el contenido de sus dichos, solo se puede acreditar verazmente lo narrado por un tercero, la persona que le contó al testigo respecto de los hechos que este declara.

En consecuencia el testimonio de referencia solo puede ser valorado eficazmente cuando existan otros medios de pruebas que puedan acreditar la veracidad de los acontecimientos ocurridos, y que fueron narrados por el testimonio de referencia, por ejemplo, la declaración del testigo directo del hecho que presenció por sus sentidos los hechos, o algún medio de prueba documental o pericial que demuestre de manera fehaciente que los hechos ocurrieron en el sentido expuesto, solo así cobrará relevancia y eficacia probatoria la declaración de referencia.

Teniendo en cuenta los vicios procesales señalados precedentemente, y los cuales no pueden ser subsanados de ninguna forma en esta etapa del proceso penal, generando así la nulidad absoluta de actuaciones, corresponde ANULAR la Sentencia Definitiva Número 09 de fecha 22 de abril de 2016, dictado por el Tribunal de Sentencia, y en consecuencia disponer la ABSOLUCIÓN de los acusados ANTOLÍN AYALA, ERICH GIMÉNEZ y ROFINO GIMÉNEZ, de

conformidad a lo previsto en el art. 474 del CPP. En cuanto a las costas, estas deben ser impuestas a la parte vencida de conformidad al artículo 261 del Código Procesal Penal. Es mi voto.

A su turno, la Doctora Peña manifiesta que se adhieren íntegramente al voto emitido por el Ministro preopinante por los mismos argumentos.

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

#### **ACUERDO Y SENTENCIO NUMERO 364**

**VISTOS:** Los méritos del acuerdo que antecede, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



## **SALA PENAL RESUELVE:**

Asunción, 04 de junio de 2019

1.- DECLARAR ADMISIBLE para su estudio el Recurso Extraordinario de Casación, planteado, por la Defensora Pública Abg. Blanca Lila Martínez Flores contra el Acuerdo y Sentencia Número 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes, y contra la Sentencia Definitiva Número 09 de fecha 22 de abril de 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia, por las razones y con los alcances expuestos en el exordio de la presente resolución.

2.- HACER LUGAR al Recurso Extraordinario de Casación planteado contra el Acuerdo y Sentencia Número 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes, y contra la Sentencia Definitiva Número 09 de fecha 22 de abril de 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia.

3.- ANULAR el Acuerdo y Sentencia Número 10 de fecha 07 de abril de 2017, dictado por el Tribunal de Apelaciones Multifueros de la Circunscripción Judicial de Presidente Hayes, y la Sentencia Definitiva Número 09 de fecha 22 de abril de 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución.

4- ABSOLVER por decisión directa a los acusados ANTOLIN AYALA, ERICH GIMENEZ, ROFINO GIMENEZ, de conformidad a lo previsto en el artículo 474 del Código Procesal Penal.

5- IMPONER las costas en el orden causado.

6- ANOTAR, registrar y notificar.



# **SOBRESEIMIENTO**

## **NULIDAD ABSOLUTA POR FALTA DE INDAGATORIA**

### **ACUSACION SIN NOTICIA A IMPUTADA**

**PAIS:** Paraguay

**TRIBUNAL:** Tribunal Colegiado de Sentencia

**MATERIA:** Penal

#### **DERECHOS VINCULADOS (PALABRAS CLAVES):**

Falta de Indagatoria. El Ministerio Público acusa sin dar noticia a la imputada, Nulidad absoluta e insubsanable en el Proceso Penal. Sobreseimiento de la Imputada.

#### **BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS**

QUE, en día y hora y señalada para la sustanciación de la audiencia del Juicio Oral y Público, la representante de la Defensa técnica de LINSAI ELIZABETH ANIARILLA CAÑETE, Defensora Pública Abg. FATIMA PANIAGUA planteó incidente que versa sobre nulidad de actuaciones por actividad procesal defectuosa, que afecta los intereses de Linsai Elizabeth Amarilla Cañete ya que ha corroborado que no se encuentra previsto el cumplimiento del art. 303, no obra la notificación de la imputación a su defendida, se ha sentado jurisprudencia que con ello se inicia el procedimiento, asimismo no existe un acta de declaración indagatoria. Existe una citación fiscal del 21 de agosto de 2015 en virtud de la cual Víctor Maldonado convoca a su representada a declarar. Al dorso de la notificación consta el informe del Ujier donde dice que la misma se encuentra en el penal de Mujeres desde el martes y que haría llegar a la abogada, el 22 de agosto presenta un escrito en el cual comunica la imposibilidad de comparecer porque esta privada de su libertad, posterior a ello no existe ninguna otra convocatoria. En este sentido nuestra normativa es contundente en cuanto al art. 350 del C.P.P. ello viola el debido proceso, el derecho a la defensa, el art. 16 de la C.N. y el art. 17 num. 7 de la C.N., la misma no estuvo asistida y es importante traer a colación el Acuerdo y Sentencia recaída en la causa: "Froilan Ecurra s/ homicidio doloso" que la C.S.J. anuló por la falta de declaración indagatoria, la acción de Inconstitucional Rafael Filizola hizo lugar el 3 de mayo de 2018. El acto de declaración indagatoria es un acto crucial, se le hace saber de qué se le imputa, s la columna vertebral



del debido proceso, esto no se observó, no se le puede cargar al justiciable el deber que debió cargar el Ministerio Público, se le debe dar lo que establece el art. 166 del C.P.P., el art. 16 y 17 num. 7 del C.N., declarar la nulidad absoluta de las actuaciones y ordenar la libertad inmediata de su representada en relación a esta causa.

Luego de analizar este Tribunal constató que efectivamente LINSAI AMARILLA, no declaró, la cedula de notificación dirigida a Linsai Amarilla en su dorso a fs. 21 vlto. De la c.f el Ujier informa que fue recibido por Catalina Cañete, quien manifestó ser madre de la citada Linsai Amarilla, la madre manifestó que la citada se encontraba privada de su libertad y estaba recluida en el Penal de Mujeres desde el día 18 de agosto y que haría llegar la presente citación al abogado de la citada. Posteriormente, Linsai Amarilla justificó su incomparecencia debido a ese motivo. Pero nunca más fue llamada a declarar pese a que se sabía dónde se encontraba recluida, esto viola principios fundamentales de la defensa, se ha llegado a Juicio Oral y Público, se ha emitido una acusación sin que se halla abierto formalmente el procedimiento a LINSAI AMARILLA. Este Tribunal constata que hay una imposibilidad que el Ministerio Público pueda acusar si no ha dado previamente a la acusada la posibilidad de poder defenderse, esto acarrea la nulidad del auto de apertura por haber admitido una acusación sin indagatoria, no se le dio la oportunidad de declarar ya que la misma, estaba privada de su libertad, incluso comunicó ello y de igual manera no se la llamo nuevamente para declarar, hay que tener en cuenta que la indagatoria no es un simple papel, es un medio de defensa, la cual no fue otorgada a la acusada, bajo estos aspectos este Tribunal considera que han sido violados los derechos constitucionales sobre todo del derecho a la defensa la Sra. LINSAI AMARILLA porque no tuvo la oportunidad de prestar declaración indagatoria, no se le dio oportunidad suficiente ya que cuando se la llamó se encontró privada de su libertad y se la notificó en su hogar, ella presentó su justificación comunicando este hecho y de igual forma, no se la llamó desde su lugar de reclusión, bajo estos aspectos considera este Tribunal que hay violación al debido proceso, violación al derecho a la defensa y al ser oído, al no dársele la oportunidad suficiente de defenderse de los hechos que se le acusa considera que la acusación fue presentada sin ese requisito esencial de la indagatoria validez previa, por lo tanto solicito la nulidad del procedimiento, correspondería la extinción de la acción penal y el sobreseimiento definitivo de LINSAI ELIZABETH AMARILLA.



Que, el Art. 350 del Código Procesal Penal dispone: "Artículo 350. INDAGATORIA PREVIA. En ningún caso el Ministerio Público podrá formular acusación, si antes no se dio oportunidad suficiente para la declaración indagatoria del imputado, en la forma por este código. En las causas por delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad, bastará darle oportunidad para que se manifieste por escrito, sin perjuicio de su derecho de declarar cuantas veces quiera".

Que, el art. 86 del código procesal penal dispone: "ADVERTENCIAS PRELIMINARES. Al comenzar la audiencia, el funcionario competente que reciba la indagatoria comunicará detalladamente al imputado el hecho punible que se le atribuye y un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes. También se pondrán a su disposición todas las actuaciones reunidas hasta ese momento. Antes de comenzar la declaración, se le advertirá que podrá abstenerse de hacerlo y que esa decisión no será utilizada en su perjuicio. También se instruirá al imputado acerca de sus derechos procesales".

Que, habiendo señalado cronológicamente lo acontecido en este proceso penal corresponde estudiar el incidente de Nulidad ya que la misma ni siquiera tuvo oportunidad de declarar pues estaba privada de libertad y pese a conocer esto, no se intentó llamarla desde la institución penitenciaria para oírla, se formuló acusación y se ordenó la apertura a Juicio Oral y Público; esto es corroborado con la simple lectura de los documentos señalados.

Que, el Art. 350 del Código Procesal Penal refiere categóricamente que la declaración indagatoria debe hacerse "... en la forma prevista por este código", es así que esto nos remite al Art. 86 del Código Procesal Penal que nos refiere ". Al comenzar la audiencia, el funcionario competente que reciba la indagatoria comunicará detalladamente al imputado el hecho punible que se le atribuye y un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes. También se pondrán a su disposición todas las actuaciones reunidas hasta ese momento...", en este sentido notamos que el Art. 86 del Código Procesal Penal en esta causa penal fue violado, pues al no darse cumplimiento al mismo podemos notar que la procesada estuvo en todo el proceso.

Que, efectivamente la INDAGATORIA es un presupuesto procesal que sostiene que no habrá imputación en caso que no se haya recibido la indagatoria en la forma prevista por el Código, y en la presente causa penal no se observaron los presupuestos que dispone el Art.



86 Código Procesal Penal, pues no se le dio oportunidad de prestar declaración indagatoria y el incumplimiento de esto, conlleva la nulidad de la imputación, acusación y auto de apertura a Juicio Oral y Público y esto es insalvable y no puede retrotraerse el proceso en perjuicio de la procesada en esta causa penal. El derecho procesal con que cuenta la justiciable es el derecho a ser informada de la causa que se le atribuye, es por ese motivo, que se establecen pautas legales de cumplimiento obligatorio, pues es en la audiencia indagatoria es el momento donde LINSAI AMARILLA debía enterarse detalladamente de los hechos por los que es acusada, y esto no sucedió. (...)

Que, efectivamente en el caso de marras nos encontramos ante una nulidad absoluta pues al no existir audiencia indagatoria nos encontramos ante una nulidad absoluta. Que, se hace importante en este acto establecer que, siendo la misma una nulidad absoluta, la misma es oponible en cualquier etapa del procedimiento, y al declarar la nulidad la misma anula todos los efectos y los actos que dependen de ella, como ser la imputación y actos siguientes. (Destacado nuestro).

**RESUELVE:**

**DECLARAR** la competencia del Tribunal Colegiado de Sentencia, integrado por los jueces Abg. DARIO JAVIER BAEZ FERREIRA, como PRESIDENTA y como Miembro Titulares los Abg. MARIA LUZ MARTINEZ VAZQUEZ Y ELIO RUBEN OVELAR FRUTOS para entender en la presente causa.

**HACER LUGAR** al INCIDENTE DE NULIDAD, planteado por la defensa de LINSAI ELIZABETH AMARILLA CAÑETE de los efectos y actos que dependen del mismo, planteado por la Defensa Técnica de los procesados, conforme surge del exordio de la presente resolución.

**DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA DEL PROCESO** en la presente causa seguida a LINSAI ELIZABETH AMARILLA CAÑETE, quedando sin efectos los actos que dependen del mismo.

**DECLARAR** la extinción de la acción penal, conforme a los fundamentos esgrimidos en el considerando de la presente resolución.

**DECRETAR EL SOBRESIIMIENTO DEFINITIVO** de la procesada LINSAI, de nacionalidad paraguaya, estado civil soltera, de profesión empleada, de 41 años de edad, domiciliada en San Marcos casi María Auxiliadora, Barrio Santa Luisa de Lambaré, hija de Amado Amarilla



y Catalina Cañete, con C.1. N° 2.994.216; en virtud a lo dispuesto por el Art. 359 inc. 3) y 361 y demás concordantes del C.P.P. Oficiar.

**OBSERVACIONES:**

CAUSA: “LINSAL ELIZABETH AMARILLA CAÑETE S/ APROPIACION Y OTROS N° 1-1-2-18-2013- 800 A.I. N° 207 Asunción, 11 de abril de 2022

**SENTENCIA**

**CAUSA: “LINSAL ELIZABETH AMARILLA CAÑETE S/ APROPIACION Y OTROS**

**N° 1-1-2-18-2013-800 A.I. N° 207**

Asunción, 11 de abril de 2022

**VISTO:** El incidente de Nulidad por falta de indagatoria planteado por la Defensora Pública Fátima Paniagua, planteada en estos autos en la audiencia de Juicio Oral y Público, y;

**CONSIDERANDO:**

QUE, en fecha 11 de abril de 2.022, siendo la 08:05 horas se constituyó el Tribunal Colegiado de Sentencia integrado por el JUEZ Abg. DARIO BAEZ FERREIRA, en calidad de Presidenta y como Miembros Titulares, los JUECES MARÍA LUZ MARTÍNEZ VÁZQUEZ y ELIO OVELAR FRUTOS en la sala de juicio orales N° 9, a objeto de sustanciar la audiencia de juicio oral y público en la causa ut supra mencionada, seguida a la acusada LINSAL ELIZABETH AMARILLA, quien se encuentra acusada de ser penalmente responsable del hecho punible de ESTAFA Y APROPIACIÓN.

Que, este Tribunal es competente para resolver en esta causa; fundado en las disposiciones de los Arts. 31, 32, 33, 36, 37 inc. 1°, y 41 in fine, del Código Procesal Penal - Ley N° 1.286/98, y su modificatoria la Ley N° 2.341, así como conforme a lo dispuesto por la Acordada N° 154, de fecha 21 de febrero del 2.000, que reglamenta la organización transitoria del Fuero Penal, la Resolución N° 2955 de fecha 15 de Febrero de 2.011, la Resolución N° 3.237 de fecha 19 de Julio de 2.011, y la Resolución N° 3.968 de fecha 21 de Agosto de 2.012, emanadas de la Corte Suprema Justicia; de las cuales se desprende la competencia material para entender en la presente causa como Tribunal Colegiado de Sentencia; cuya designación fue realizada a través de sorteo público realizado en fecha 08



DE JUNIO DE 2.016, de conformidad al Acta de Sorteo, según consta en el expediente judicial a fs. 100, y que procediéndose al sorteo informático ha sido asignada la causa al Tribunal de Sentencia N° 4, estableciéndose la conformación del Tribunal Colegiado de Sentencia para juzgar en esta causa penal bajo la Presidencia del Juez N° 21 y como Miembros Titulares los Jueces N° 22 y 26 y, en calidad de suplente el Juez N° 8 quedando así. S.S. DARIO BAEZ FERREIRA (Presidente), S.S. ELIO RUBEN OVELAR Y S.S. MARIA LUZ MARTÍNEZ (PRIMER Y SEGUNDO TITULAR respectivamente) y S.S. VÍCTOR ALFIERI (MIEMBRO SUPLENTE) Siendo notificadas las partes de la conformación del Tribunal Colegiado de Sentencia, no habiendo sido impugnada dicha conformación, y no existiendo causal de inhabilitación, este Tribunal Colegiado de Sentencia imprimió el trámite pertinente, tras lo cual ratifica su competencia para juzgar la presente causa, e igualmente al hacer el análisis correspondiente encontramos que la acción instaurada por el Ministerio Público se halla vigente, el juzgamiento de la causa se produce antes del vencimiento del plazo que establece la Ley N° 2.341/03 denominada "Ley Camacho", pues la Ley 5276/14 establece claramente que la duración máxima del procedimiento es la de 4 (cuatro) dejando en vigencia la Ley N° 2341/2003 más conocida como "LEY CAMACHO" como plazo máximo de duración del procedimiento para la extinción de la acción, y que igualmente no se ha cumplido el plazo para la prescripción conforme a los Artículos 101 y 102 del Código Penal, es más el juzgamiento en la presente causa penal se produce antes de cumplido el plazo máximo para la extinción de la causa dispuesta por la Ley 5276/14 que en su Art. 1 establece MODIFICASE el Art. 1 de la Ley 4734/12 "QUE SUSPENDE LA VIGENCIA DE LA LEY ND 4669/12 que modifican los Art. 136 y Art. 137 de la Ley 1286/98 Código Procesal Penal; quedando plenamente vigente la LEY N° 5276/14 en la cual se establece que el plazo máximo de duración del proceso es la de 4 (CUATRO) AÑOS.

Cabe señalar que las partes no han cuestionado la competencia del Tribunal en todos sus aspectos.

EN EL MARCO DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL, el hecho ocurrió en la ciudad de Asunción, la cual pertenece a la Circunscripción Judicial de Capital, siendo por ello competente este Tribunal, ratificando su competencia para Juzgar la presente causa en dicho ámbito las cuestiones relativas a la competencia en materia penal se hallan



determinados por normas de orden público, de ahí que todos los actos emanados de la autoridad jurisdiccional deben ser proveídos por quien efectivamente ejerza esa competencia de acuerdo a los criterios de atribución señalados en la ley, porque ningún juez puede tener una jurisdicción ilimitada, y debe ser ejercida dentro de los límites señalados en la ley. La forma de limitar justamente la jurisdicción es lo que denomina la competencia, siendo ella una restricción de la jurisdicción del juez o tribunal, determinado por motivos prácticos y de división del trabajo dentro de un territorio establecido de antemano y que en nuestro derecho procesal es conocido como circunscripción judicial. Habitualmente los que ejercen la labor jurisdiccional se dividen el trabajo de acuerdo a tres grandes campos de la competencia. En primer lugar, la competencia territorial, según el cual el juez o tribunal puede ejercer la jurisdicción sobre los litigios ocurridos en, determinado territorio. Por otra parte, existe la competencia material, que le permite al juez ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigios, como por ejemplo los casos penales como el que nos ocupa; y por último debe hablarse sobre competencia funcional, como la atribuida a los jueces de primera o de segunda instancia en su caso. En el caso que suscita la atención de éste Colegiado, es menester señalar que el hecho ha sido perpetrado en la Ciudad de Asunción, lugar que corresponde a la competencia de los integrantes de éste Tribunal Colegiado de Sentencia, ya que sus miembros fuimos designados para ejercer su función jurisdiccional y juzgar causas de naturaleza penal dentro de la Circunscripción Judicial de la Capital, y por ello los que integran este Tribunal Colegiado de Sentencia son competentes material y territorialmente para juzgar y dictar sentencia en este juicio, puesto que debe considerarse que el hecho sometido a juzgamiento se trata de un hecho de naturaleza penal ocurrido en el ámbito jurisdiccional de esta circunscripción judicial. El Art. 13 de la Ley 879/81 señala que "la competencia territorial está determinada por los límites de cada circunscripción judicial...". Por razón de la materia, la competencia se halla dada a la naturaleza del derecho que debe aplicarse al caso sometido a la determinación del juzgador, y en tal sentido se halla comprobado que el hecho sometido a juicio es de naturaleza penal, por lo que la competencia en su entendimiento pertenece a los jueces de dicha área y que hayan sido designados para tal función dentro de la Circunscripción Judicial de la Capital. En igual sentido vale recordar lo dispuesto por el Art. 36 del Código Procesal Penal, que determina que, una vez iniciada la audiencia del proceso oral, la competencia territorial ya no puede



ser objetada por las partes. En tales condiciones es criterio del Tribunal de Sentencia; que éste tiene competencia para entender y juzgar en ésta causa y de tal manera debe determinarse en la parte resolutive del presente fallo.

QUE, en día y hora y señalada para la sustanciación de la audiencia del Juicio Oral y Público, la representante de la Defensa técnica de LINSAI ELIZABETH ANIARILLA CAÑETE, Defensora Pública Abg. FATIMA PANIAGUA planteó incidente que versa sobre nulidad de actuaciones por actividad procesal defectuosa, que afecta los intereses de Linsai Elizabeth Amarilla Cañete ya que ha corroborado que no se encuentra previsto el cumplimiento del art. 303, no obra la notificación de la imputación a su defendida, se ha sentado jurisprudencia que con ello se inicia el procedimiento, asimismo no existe un acta de declaración indagatoria. Existe una citación fiscal del 21 de agosto de 2015 en virtud de la cual Víctor Maldonado convoca a su representada a declarar. Al dorso de la notificación consta el informe del Ujier donde dice que la misma se encuentra en el penal de Mujeres desde el martes y que haría llegar a la abogada, el 22 de agosto presenta un escrito en el cual comunica la imposibilidad de comparecer porque esta privada de su libertad, posterior a ello no existe ninguna otra convocatoria. En este sentido nuestra normativa es contundente en cuanto al art. 350 del C.P.P. ello viola el debido proceso, el derecho a la defensa, el art. 16 de la C.N. y el art. 17 num. 7 de la C.N., la misma no estuvo asistida y es importante traer a colación el Acuerdo y Sentencia recaída en la causa: "Froilan Ecurra s/ homicidio doloso" que la C.S.J. anuló por la falta de declaración indagatoria, la acción de Inconstitucional Rafael Filizola hizo lugar el 3 de mayo de 2018. El acto de declaración indagatoria es un acto crucial, se le hace saber de qué se le imputa, s la columna vertebral del debido proceso, esto no se observó, no se le puede cargar al justiciable el deber que debió cargar el Ministerio Público, se le debe dar lo que establece el art. 166 del C.P.P., el art. 16 y 17 num. 7 del C.N., declarar la nulidad absoluta de las actuaciones y ordenar la libertad inmediata de su representada en relación a esta causa. Solicita además la inclusión probatoria de dos documentales consistentes en dos recibos uno del 17 de marzo y otro de 16 de abril de 2019. Corresponderían recibos de VICTOR GRAU.

QUE, de los incidentes planteados por La defensa técnica se corrió traslado a la representante del Ministerio Publico Abg. ALDO CANTERO, quien manifestó que la defensa



solicita que se declare la nulidad por la falta del 347 y 350, fue elevada a juicio oral y público en el 2016, la defensa en este caso dice que se le ha citado en ese momento no se pudo dar cumplimiento porque estaba rebelde, la misma tiene un frondoso prontuario por estafa v apropiación, rechaza el incidente planteado conforme el art. 165 y 166 del C.P.P., que sumando los dos suman 7 millones, sin embargo el daño es de 23 millos.

QUE, analizando el incidente de nulidad planteado por la defensa técnica, conforme a la importancia y relevancia de la misma corresponde en primer lugar, pronunciarnos respecto a las cuestiones que exigen un análisis de exhaustivo de Parte del Tribunal Colegiado de Sentencia, a los efectos del estudio de las cuestiones planteadas por la defensa técnica de los procesados y del examen resulta oportuno puntualizar las siguientes actuaciones procesales:

Luego de analizar este Tribunal constató que efectivamente LINSAI AMARILLA, no declaró, la cedula de notificación dirigida a Linsai Amarilla en su dorso a fs. 21 vlto. De la c.f el Ujier informa que fue recibido por Catalina Cañete, quien manifestó ser madre de la citada Linsai Amarilla, la madre manifestó que la citada se encontraba privada de su libertad y estaba recluida en el Penal de Mujeres desde el día 18 de agosto y que haría llegar la presente citación al abogado de la citada. Posteriormente, Linsai Amarilla justificó su incomparecencia debido a ese motivo. Pero nunca más fue llamada a declarar pese a que se sabía dónde se encontraba recluida, esto viola principios fundamentales de la defensa, se ha llegado a Juicio Oral y Público, se ha emitido una acusación sin que se halla abierto formalmente el procedimiento a LINSAI AMARILLA. Este Tribunal constata que hay una imposibilidad que el Ministerio Público pueda acusar si no ha dado previamente a la acusada la posibilidad de poder defenderse, esto acarrea la nulidad del auto de apertura por haber admitido una acusación sin indagatoria, no se le dio la oportunidad de declarar ya que la misma, estaba privada de su libertad, incluso comunicó ello y de igual manera no se la llamo nuevamente para declarar, hay que tener en cuenta que la indagatoria no es un simple papel, es un medio de defensa, la cual no fue otorgada a la acusada, bajo estos aspectos este Tribunal considera que han sido violados los derechos constitucionales sobre todo del derecho a la defensa la Sra. LINSAI AMARILLA porque no tuvo la oportunidad de prestar declaración indagatoria, no se le dio oportunidad suficiente ya que cuando se la llamó se



encontró privada de su libertad y se la notificó en su hogar, ella presentó su justificación comunicando este hecho y de igual forma, no se la llamó desde su lugar de reclusión, bajo estos aspectos considera este Tribunal que hay violación al debido proceso, violación al derecho a la defensa y al ser oído, al no dársele la oportunidad suficiente de defenderse de los hechos que se le acusa considera que la acusación fue presentada sin ese requisito esencial de la indagatoria previa, por lo tanto solicito la nulidad del procedimiento, correspondería la extinción de la acción penal y el sobreseimiento definitivo de LINSAL ELIZABETH AMARILLA.

Que, el Art. 350 del Código Procesal Penal dispone: "Artículo 350. INDAGATORIA PREVIA. En ningún caso el Ministerio Público podrá formular acusación, si antes no se dio oportunidad suficiente para la declaración indagatoria del imputado, en la forma por este código. En las causas por delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad, bastará darle oportunidad para que se manifieste por escrito, sin perjuicio de su derecho de declarar cuantas veces quiera".

Que, el art. 86 del código procesal penal dispone: "ADVERTENCIAS PRELIMINARES. Al comenzar la audiencia, el funcionario competente que reciba la indagatoria comunicará detalladamente al imputado el hecho punible que se le atribuye y un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes. También se pondrán a su disposición todas las actuaciones reunidas hasta ese momento. Antes de comenzar la declaración, se le advertirá que podrá abstenerse de hacerlo y que esa decisión no será utilizada en su perjuicio. También se instruirá al imputado acerca de sus derechos procesales".

Que, habiendo señalado cronológicamente lo acontecido en este proceso penal corresponde estudiar el incidente de Nulidad ya que la misma ni siquiera tuvo oportunidad de declarar pues estaba privada de libertad y pese a conocer esto, no se intentó llamarla desde la institución penitenciaria para oírla, se formuló acusación y se ordenó la apertura a Juicio Oral y Público; esto es corroborado con la simple lectura de los documentos señalados.

Que, el Art. 350 del Código Procesal Penal refiere categóricamente que la declaración indagatoria debe hacerse "... en la forma prevista por este código", es así que esto nos remite al Art. 86 del Código Procesal Penal que nos refiere ". Al comenzar la audiencia, el



funcionario competente que reciba la indagatoria comunicará detalladamente al imputado el hecho punible que se le atribuye y un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes. También se pondrán a su disposición todas las actuaciones reunidas hasta ese momento...", en este sentido notamos que el Art. 86 del Código Procesal Penal en esta causa penal fue violado, pues al no darse cumplimiento al mismo podemos notar que la procesada estuvo en todo el proceso.

Que, efectivamente la INDAGATORIA es un presupuesto procesal que sostiene que no habrá imputación en caso que no se haya recibido la indagatoria en la forma prevista por el Código, y en la presente causa penal no se observaron los presupuestos que dispone el Art. 86 Código Procesal Penal, pues no se le dio oportunidad de prestar declaración indagatoria y el incumplimiento de esto, conlleva la nulidad de la imputación, acusación y auto de apertura a Juicio Oral y Público y esto es insalvable y no puede retrotraerse el proceso en perjuicio de la procesada en esta causa penal. El derecho procesal con que cuenta la justiciable es el derecho a ser informada de la causa que se le atribuye, es por ese motivo, que se establecen pautas legales de cumplimiento obligatorio, pues es en la audiencia indagatoria es el momento donde LINSAI AMARILLA debía enterarse detalladamente de los hechos por los que es acusada, y esto no sucedió.

Que, el Art. 166 del Código Procesal Penal señala: "Nulidades absolutas: Además de los casos expresamente señalados en este código, serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que este código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente y este código...".

Que, efectivamente en el caso de marras nos encontramos ante una nulidad absoluta pues al no existir audiencia indagatoria nos encontramos ante una nulidad absoluta.

Que, se hace importante en este acto establecer que, siendo la misma una nulidad absoluta, la misma es oponible en cualquier etapa del procedimiento, y al declarar la nulidad la misma anula todos los efectos y los actos que dependen de ella, como ser la imputación y actos siguientes.



Que, el Art. 12 del Código Procesal Penal señala: "...INOBSERVANCIA DE LAS GARANTÍAS La inobservancia de un principio o garantía no se hará valer en perjuicio de aquel a quien ampara. Tampoco se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, sobre la base de la violación de un principio o garantía previsto en favor del imputado, salvo cuando él lo consienta expresamente".

Que, siendo una nulidad absoluta la declarada por este Colegiado, debido a que esta irregularidad en las actas de indagatorias perjudica realmente a los procesados y esta irregularidad no puede ser reparada ni convalidada pues retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, en el caso en particular, hasta los inicios de la investigación fiscal está totalmente prohibida por nuestro Código ritual.

Que, el Código Procesal Penal en su Art. 170 DECLARACIÓN, DE NULIDAD señala: "Cuando no sea posible sanear un acto, ni se trate de casos convalidación, el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá declarar su nulidad por auto fundado o señalará expresamente la nulidad en la resolución.

Que, claramente en el procedimiento en esta causa penal se configuró un error al tomar la indagatoria a los procesados en esta causa penal en sede del Ministerio Público corresponde declarar la NULIDAD de las actas indagatorias y por ende todos los actos que dependan del mismo.

QUE, el órgano Jurisdiccional se encuentra con una pirámide normativa en la que ocupa el escalafón superior la Constitución Nacional, que vincula a todos los jueces y tribunales por igual, y el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la Constitución es un componente esencial del orden público. La apertura de un proceso no comporta, necesariamente, que deba sustanciarse hasta su fin. Así, en el proceso penal, no existe un derecho a la total tramitación del mismo, sino tan solo a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien puede ser el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones, pues el ordenamiento procesal tiene una serie de reglas formales que se encuentran establecidas en atención a lograr la seguridad jurídica a través de la legalidad. Por ello el cumplimiento de las formalidades no se deja al libre arbitrio de las partes, ya que para la ordenación adecuada del proceso existen formas y requisitos impuestos que afectan al orden público y son de observancia obligatoria, pero la



subsanación de irregularidades cometidas en la tramitación de los procesos es una regla general y la sanción de la nulidad de los actos irregulares es la excepción que solo puede ser declarada en caso de violación de garantías constitucionales, como se da en la causa examinada en la que es imposible subsanar el vicio o error constatado en autos.

Que, el Art. 171 del C.P.P. señala: "EFECTOS La nulidad declarada de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependan de él. Sin embargo, no se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, con grave perjuicio para el imputado, cuando la nulidad se funde en la violación de una garantía prevista en su favor. Al declararla, el juez o tribunal establecerá, además, a cuáles actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por relación con el acto anulado".

QUE, en atención a las constancias de autos y a las disposiciones legales citadas y transcritas precedentemente tenemos que resultar totalmente inviable pretender convalidar el acto irregular, pues al afectar este una garantía de rango constitucional la continuidad del proceso se torna imposible, teniendo en cuenta que tenemos prohibición de rango constitucional de retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, salvo que sea más favorable al encausado. El juez tiene el inexcusable deber de comprobar y asegurar que las actuaciones procesales sean realizadas de conformidad a los preceptos legales dispuestos para su cumplimiento y validez. En la presente causa se verifica el error en que incurre el Ministerio Público, fue que pese a haber un informe de donde estaba recluida la Sra. LINSAL ELIZABETH AMARILLA, no le dio oportunidad de brindar su declaración indagatoria, sino simplemente ya prosiguió con el proceso y esto constituye nulidad absoluta verificada, la que resulta insalvable por la imposibilidad de subsanar ya que la misma hace a violaciones de garantías del debido proceso, dándose también una violación de los preceptos Art. 16 de la Constitución Nacional "LA DEFENSA EN JUICIO"

QUE, habiendo este Tribunal Colegiado de Sentencia, por unanimidad resuelto DECLARAR LA NULIDAD DEL PROCESO SEGUIDO A LINSAL ELIZABETH AMARILLA; y atendiendo a lo dispuesto en el Art. 129 del C.P.P., la resolución que corresponde dictar es la del Auto Interlocutorio por cuanto una sentencia definitiva surge de la realización completa de la audiencia de juicio oral y público en donde recae una absolución o condena solo puede ser producto de la culminación de un juicio oral y pública; atendiendo a la forma en la que



este Colegiado resuelve el incidente corresponde declarar la nulidad de todos los actos procesales y actuaciones que son consecuencia de la falta de indagatoria a LINSAI AMARILLA, en este sentido; el Art. 10 del CP.P. permite la analogía y la interpretación extensiva, in bonam partem:, mientras favorezca la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos y facultades; consecuentemente, corresponde DECLARAR la extinción de la acción penal y DECLARAR EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO de la procesada LINSAI ELIZABETH AMARILLA y ORDENAR el levantamiento de todas las medidas cautelares decretadas en el marco de la presente causa penal.

QUE, con respecto a las costas en virtud a lo dispuesto por los artículos 261, 262 y 266 del C.P.P. corresponde a imponerlas en el orden causado.

Por lo tanto, el Tribunal Colegiado de Sentencia; por unanimidad y en nombre de la República del Paraguay;

#### **RESUELVE:**

1. DECLARAR la competencia del Tribunal Colegiado de Sentencia, integrado por los jueces Abg. DARIO JAVIER BAEZ FERREIRA, como PRESIDENTA y como Miembro Titulares los Abg. MARIA LUZ MARTINEZ VAZQUEZ Y ELIO RUBEN OVELAR FRUTOS para entender en la presente causa.
2. HACER LUGAR al INCIDENTE DE NULIDAD, planteado por la defensa de LINSAI ELIZABETH AMARILLA CAÑETE de los efectos y actos que dependen del mismo, planteado por la Defensa Técnica de los procesados, conforme surge del exordio de la presente resolución.
3. DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA DEL PROCESO en la presente causa seguida a LINSAI ELIZABETH AMARILLA CAÑETE, quedando sin efectos los actos que dependen del mismo.
4. DECLARAR la extinción de la acción penal, conforme a los fundamentos esgrimidos en el considerando de la presente resolución.
5. DECRETAR EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO de la procesada LINSAI, de nacionalidad paraguaya, estado civil soltera, de profesión empleada, de 41 años de edad,



domiciliada en San Marcos casi María Auxiliadora, Barrio Santa Luisa de Lambaré, hija de Amado Amarilla y Catalina Cañete, con C.1. N° 2.994.216; en virtud a lo dispuesto por el Art. 359 inc. 3) y 361 y demás concordantes del C.P.P. Oficiar.

6. REVOCAR el A.I. N° 425 de fecha 7 de julio de 2.021, dictada por el Tribunal de Sentencia Colegiado y en consecuencia ORDENAR la inmediata libertad de la procesada LINSAI ELIZABETH AMARILLA CAÑETE con C.I. N° 2.994.216, sin perjuicio de otras medidas cautelares que afecten a la misma en otras Fiscalías y/o Juzgados de la República. Oficiar.

7. ORDENAR el archivo de esta causa una vez firme la presente resolución.

8. IMPONER las COSTAS en el orden causado.

9. ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.



# RECURSO DE CASACION

## INCUMPLIMIENTO DEBER LEGAL DE ALIMENTOS

**PAÍS:** Paraguay

**TRIBUNAL:** Corte Suprema de Justicia, Sala Penal

**MATERIA:** penal: incumplimiento del deber legal alimentario.

**DERECHOS VINCULADOS (PALABRAS CLAVES):** Recurso de Casación.  
Incumplimiento Deber legal de alimentario.

### BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS

Por Sentencia S.D. N° 127 de fecha 15 de junio de 2016 el Tribunal de Sentencia condenó al Sr. PORFIRIO ROJAS OVIEDO, a la pena privativa de libertad de 2 (dos) años, ordenando a su vez la suspensión a prueba de la ejecución de la condena de conformidad al art. 44 del C.P. por el periodo de 2 (dos) Años. (...) Según se verifica en la Sentencia de primera instancia, se observa que el Tribunal de Sentencia fundamentó la existencia del hecho punible, en base a la resolución judicial - S.D. N°561 de fecha 11 de noviembre de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno, y la falta del cumplimiento del mismo, y en cuanto a la TIPICIDAD expresó: "...Corresponde en esta parte el estudio pertinente en lo que concierne a verificar de forma completa los elementos del tipo objetivo y subjetivo de la conducta del acusado según la subsunción al tipo penal previsto y penado en el art. 225, inc. 2° del C.P., "el que incumpliera un deber alimentario establecido en un convenio judicialmente aprobado o en un resolución judicial S.D. Nro. 561 de fecha 11 de noviembre de 2009 y el informe bancario actual remitido por el Banco Nacional de Fomento, que convierte la conducta del acusado en típica, entendida como modelo de conducta fijada por el legislador al cual se atribuye una sanción. Los elementos objetivos que dan cuenta acabadamente del sujeto obligado a la prestación, el bien jurídico tutelado por la norma, igualmente se ha verificado con el informe remitido por el Banco Nacional de Fomento actualizado, el RESULTADO de la omisión, ya que de



este se infiere la suma depositada en la cuenta judicial habilitada para dicho efecto y la que dejo de depositar el acusado. con lo cual se completa otro de los elementos requeridos en el tipo objetivo cual es el resultado de esta conducta. Finalmente, se completan con el nexo causal, que constituye la conducta omisiva del acusado con el resultado reflejado en el dejar de hacer lo que manda la ley y la judicatura con la Sentencia Definitiva, por consiguiente, es un delito de comisión por omisión y de resultado, en el que el resultado producido debe ser imputado causalmente al sujeto de la omisión...///...En consecuencia al omitir éste cumplimiento del deber, responde a los resultados de la omisión, aunque su posición de garante no se fundamente en un precepto legal directo, sino en la propia idea del fin de protección de bienes jurídicos que tiene la norma. En cuanto al elemento subjetivo, inferimos primeramente el conocimiento de la situación que genera el deber, en este caso derivados de la patria potestad, así como el conocimiento sobre la posibilidad de realizar la acción debida en congruencia con los derechos del niño en recibir alimentos. Constituye un agravante en éste caso en particular el incumplimiento a la orden judicial, amen a estas circunstancias, indudablemente que los distintos elementos y medios de prueba demuestran que su conducta se halla adecuado al tipo penal, dado que finalmente, no existe siquiera remotamente la posibilidad de un error de tipo en el caso en particular". (...)

De las constancias surge que el Tribunal de Apelación efectivamente se limitó a utilizar frases y afirmaciones rutinarias, al igual que transcripciones de los escritos de las partes; y respecto al error de aplicación en el derecho, específicamente sobre los presupuestos de la tipicidad requeridos por el artículo 225 inciso 2° del CP, el tribunal de apelaciones expresó: "...Las disquisiciones apuntadas por la Defensa técnica, no representan un error in iudicando, como pretende la misma, pues es el resultado de la valoración conjunta y armónica de las pruebas aportadas al proceso y desarrolladas por ante el Tribunal de Merito, art. 175 del Código Procesal Penal, del que surge la Sentencia Definitiva puesta en crisis que posee la valoración de las instrumentales que obligan al condenado a la prestación de alimentos. La subsunción de la conducta al tipo penal establecido en el art. 225, inc. 2° del Código Penal, en concordancia con el Art. 29 del mismo cuerpo legal, tienen su fundamento en aquellas instrumentales agregadas a la carpeta fiscal, donde se tiene que el condenado en esta causa penal, fue condenado al pago de la asistencia alimentaria que posteriormente fue aumentada, Conforme a lo señalado, del estudio de la resolución en crisis, no se



vislumbra que la misma posea vicios, art. 403 del Código Procesal Penal, pues los magistrados del Colegiado de Sentencia han observado los parámetros dispuestos en el art. 398, del Digesto Normativo Procesal en cuanto a los requisitos de la sentencia. Los demás apuntes de la Defensa, tropiezan con las pruebas instrumentales aportadas al proceso y puestas a consideración y estudio del Tribunal Sentenciador, por tanto, estas apreciaciones dejan de representar agravios estructurados con relación directa a la norma aplicable o a la sentencia recaída. A contrario de lo indicado por la Defensa técnica, las pruebas pre constituidas, sentencias condenatorias al pago de la prestación debida, traslucen una clara aplicación del derecho por parte del Tribunal de Merito, siendo imposible reseñar que dicho órgano haya incurrido en inobservancia o errónea aplicación de preceptos legales, art. 467 del Código Procesal Penal. Tampoco existen vicios de la sentencia, art. 403 del Código Procesal Penal, siendo inaplicable la nulidad pretendida. por consecuencia el reenvío, debiendo ser confirmada la resolución puesta en crisis." De estas expresiones, se colige que el Tribunal de Apelaciones, ni siquiera interpretó que la Apelación planteada por la defensa se refería a cuestiones que hacen a un error de derecho, vale decir, a que el Tribunal de Sentencia no interpretó correctamente los elementos constitutivos del tipo legal previsto en el artículo 225 inciso 2° CP y por tanto, es concretamente respecto a los presupuestos de la omisión descrita y su interpretación en lo que hace al conocimiento de la situación típica y a la capacidad físico real de cumplir con el mandato a lo que tenía que haberse referido el Tribunal de Apelaciones y no a cuestiones probatorias como ser "las instrumentales" por las cuales se llegó a la condena.

Dicho de otro modo, la apelación material no fue tratada, puesto que, del contenido del Acuerdo y Sentencia, queda muy claro que el Tribunal de Apelaciones ni siquiera se percató cual era el objeto de la Apelación. En una palabra: establecer si en el caso concreto fueron correctamente aplicados, a los hechos probados, los elementos constitutivos de la tipicidad descriptos en el artículo 225 inciso 2° CP.

De lo que sigue, se puede apreciar que el Tribunal de Apelación no observó la norma contenida en el art. 125 del CPP, llegando a una solución arbitraria del caso que habilita la declaración de nulidad de la misma.



La defensa técnica centró sus agravios en el análisis efectuado por el Tribunal de Sentencia con respecto al incorrecto estudio de la tipicidad del hecho punible de Incumplimiento del Deber legal alimentario, expresando también que no se ha determinado en forma precisa la existencia de dolo en la presente causa penal. Además, ha referido que el Tribunal de Sentencia no ha considerado la imposibilidad económica de su defendido de cumplir con la obligación, con lo que se vislumbra a su entender la falta del elemento subjetivo para la calificación de la conducta dentro de las previsiones realizadas por el Tribunal de mérito, constituyendo ello una errónea aplicación de un precepto legal de fondo. Finalmente, la recurrente propone como solución pretendida la declaración de la nulidad del Acuerdo y Sentencia dictado por el Tribunal de alzada, y el reenvío de la presente causa penal a otro Tribunal revisor a los efectos del estudio de la apelación especial deducida contra la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Sentencia. (...)

Ha quedado entonces establecido que, en la Sentencia de primera instancia, no fue considerado siquiera este elemento del tipo legal, desde luego que ello presupone, que el Tribunal de Sentencia haya en primer lugar establecido, según el objeto del juicio, descrito en el A.I. de elevación, la cantidad de veces que el acusado, teniendo la capacidad económica de depositar el monto establecido, no lo ha hecho. Sin embargo, la Sentencia dictada por el Tribunal de mérito, tampoco fijó los meses o años en los que el acusado no cumplió con su obligación legal, lo que constituye el resultado típico y que correspondería con uno o varios incumplimientos por lo que no se puede determinar en qué momento preciso o periodo de tiempo se habrían dado los sucesivos hechos de incumplimiento del deber legal por parte del omitente. En la acusación fiscal presentada, se expresó lo siguiente: "...se pudo verificar que la cuenta corriente de referencia no ha registrado movimiento alguno desde su apertura hasta la fecha, incurriéndose de esta manera en un incumplimiento del deber legal alimentario en relación a sus hijos..." (fs.78 vltto de autos). De lo que debería haberse delimitado el objeto de juicio, desde hasta la fecha de imputación. El representante del Ministerio Público con el informe del Banco Nacional de Fomento debió precisar el periodo de tiempo en el cual el acusado no cumplió con la obligación que le fuera impuesta por la sentencia judicial mencionada para que se pueda llegar a corroborar la situación típica y en consecuencia el resultado típico previsto en la ley penal. (...) Al constatar entonces, que ni la acusación formulada por el Ministerio Público, ni el Auto de



Apertura a Juicio, ni la Sentencia definitiva, contienen un relato de hechos en donde conste el periodo tiempo en el cual se pueda establecer los presupuestos de tipicidad y luego la punibilidad, no puede realizarse una valoración sobre el error en la aplicación del derecho, vale decir, la casación material solicitada por la defensa. (...) En conclusión, corresponde: 1) DECLARAR la ADMISIBILIDAD del Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la Defensora Pública Nilda López Britez, en representación del Sr. Porfirio Rojas Oviedo, contra el Acuerdo y Sentencia N° 03, del 17 de febrero de 2017, del Tribunal de Apelación en lo Penal, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de ALTO PARANA; 2) HACER LUGAR al Recurso Extraordinario de Casación interpuesto contra el Acuerdo y N° 03, del 17 de febrero de 2017, del Tribunal de Apelación en lo Penal, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de ALTO PARANA y, en consecuencia, ANULARLO en los términos expuestos en el exordio de la presente resolución; 3) ANULAR por decisión directa la S.D. No. 127 de fecha 15 de junio de 2016 dictada por el Tribunal de sentencia Colegiado, y en consecuencia SOBRESER DEFINITIVAMENTE al Sr. Porfirio Rojas Oviedo en la presente causa penal.

RESUELVE: DECLARAR LA ADMISIBILIDAD del Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la Defensora Pública Nilda López Britez, en representación del Sr. Porfirio Rojas Oviedo, contra el Acuerdo y Sentencia N° 03, del 17 de febrero de 2017, del Tribunal de Apelación en lo Penal, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de ALTO PARANA.

HACER LUGAR al Recurso Extraordinario de Casación interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 03, del 17 de febrero de 2017, del Tribunal de Apelación en lo Penal, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de ALTO PARANA y, en consecuencia, ANULARLO en los términos expuestos en el exordio de la presente resolución.

ANULAR por decisión directa la S.D. No. 127 de fecha 15 de junio de 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia, y en consecuencia SOBRESER DEFINITIVAMENTE a Sr. Porfirio Rojas Oviedo en la presente causa penal.

IMPONER las costas en el orden causado.

ANOTAR, registrar y notificar.



**OBSERVACIONES:** "PORFIRIO ROJAS OVIEDO S/SUP. H.P. DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO — CAUSA N° 9558/2009", a fin de resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 03, del 17 de febrero de 2.017, del Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná.

Intervino la Defensora Pública de Ciudad del Este, Abg. Nilda López Britez

## **SENTENCIA**

### **EXPEDIENTE: PORFIRIO ROJAS OVIEDO S/ HECHOS PUNIBLES DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO –**

CAUSA N° 9558/2009

#### **ACUERDO Y SENTENCIA N° 370**

En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los cuatro días del mes de junio del año dos mil diez y nueve, estando reunidos en la Sala de Acuerdos los Excmos. Señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Doctores MANUEL DEJESUS RAMIREZ CANDIA, MIRYAM PEÑA y LUIS MARIA BENITEZ RIERA, por ante mí, el Secretario autorizante, se trajo el expediente caratulado: "PORFIRIO ROJAS OVIEDO S/SUP. H.P. DE INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO — CAUSA N° 9558/2009", a fin de resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 03, del 17 de febrero de 2.017, del Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná.



Previo el estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, resolvió plantear las siguientes.

### **CUESTIONES:**

¿Admisibilidad del Recurso Extraordinario de Casación interpuesto? Y en su caso, ¿procedencia?

A los efectos de establecer el orden de votación se realizó el sorteo de ley que arrojó el siguiente resultado: RAMIREZ CANDIA, PEÑA y BENITEZ RIERA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL DOCTOR RAMIREZ CANDIA SOSTUVO:

### **ANTECEDENTES**

La Defensora Publica de Ciudad del Este, Abg. Nilda López Britez, impugno el fallo más arriba individualizado, que confirma la S.D. N° 127 de fecha 15 de junio de 2016, por la cual el Tribunal de Sentencia condeno al Sr. PORFIRIO ROJAS OVIEDO, a la pena privativa de libertad de 2 (dos) años, ordenando a su vez la suspensión a prueba de la ejecución de la condena de conformidad al art. 44 del C.P. por el periodo de 2 (dos) Años.

### **ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD**

#### **1. PRESUPUESTOS**

1. Respecto al objeto del recurso de casación se observa que la defensa utiliza este medio de impugnación contra una sentencia definitiva de un Tribunal de Apelaciones, que confirma una sentencia condenatoria. El art. 477 CPP dispone "Sólo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del tribunal de apelaciones o contra aquéllas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento,



extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la penal

En este contexto, el objeto de casación se adecua a los presupuestos del art. 477 CPP.

2. Con referencia al derecho a recurrir se tiene que la Defensora Pública Abg. Nilda López, quien ejerce la defensa material del Sr. Porfirio Rojas Oviedo tiene derecho a recurrir conforme al art. 449 segundo párrafo primera oración CPP "El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente acordado", se puede sostener que esta exigencia normativa procesal está cumplida.

3. El Sr. Porfirio Rojas Oviedo fue notificado en fecha 23 de junio de 2017 de la resolución objeto de la presente casación, según constancia de fs. 283 de autos, y su defensa técnica interpuso el recurso de casación el 07 de julio de 2017, según constancia de cargo obrante a fs. 304 de autos. Según el art. 480 segunda oración CPP "El recurso extraordinario de casación se interpondrá ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Para el trámite y la resolución de este recurso serán aplicables, analógicamente, las disposiciones relativas al recurso de apelación de la sentencia [...]". Por otro lado, el art. 468 primer párrafo CPP dispone: "El recurso de apelación se interpondrá ante el juez o tribunal que dictó la sentencia, en el término de diez días luego de notificada, y por escrito fundado [...]". Conforme a las constancias de la causa, las circunstancias fácticas referentes al plazo y forma de interposición, se adecuan a todos los presupuestos legales mencionados.

4. La impugnante invoca como motivo de agravio lo previsto en el art. 478 num.

1) y 3) del CPP. El art. 449 primer párrafo CPP establece que las resoluciones judiciales son recurribles siempre que causen agravio al recurrente. También el art. 450 CPP exige que



los recursos se interpongan con indicación específica de los puntos de la resolución impugnada. Y, además, se requiere la expresión concreta y separada de cada motivo del recurso y la solución que se pretende (468 párrafo primero CPP.). En este entorno según los términos del escrito de casación presentado, se deduce que la presentación recursiva cumple con las exigencias legales explicitadas. Con relación al motivo invocado dispuesto en el Art. 478, inc. 1° del CPP, se observa que si bien la recurrente ha citado los artículos 6, 12, 125, 165, 166, 170 del CPP, así como los artículos 16 y 256 de la Constitución Nacional, sin embargo del escrito de impugnación surge que no ha descripto a través de qué acto procesal específico el Tribunal de Alzada con su fallo, produjo la violación a las reglas del proceso penal de rango constitucional para que se produzca la inobservancia o errónea aplicación del precepto constitucional respectivo, además la sanción que fue impuesta al procesado fue la de (2) dos años con suspensión a prueba de la ejecución de la condena, por lo que no reúne los requisitos exigidos en el inc. 1° del Art. 478 del CPP, por lo tanto el recurso debe ser declarado inadmisibles. Por otro lado, con respecto al inciso 3° del mismo precepto legal, se observa que la recurrente ha descripto detalladamente el motivo de su agravio expresando que el fallo es manifiestamente infundado debido a que no se ha realizado de manera correcta el análisis de la tipicidad en la presente causa penal, en consecuencia, el mismo reúne los requisitos establecidos en la ley.

La impugnante sostiene que la resolución del Tribunal de alzada se caracteriza por una falta de contestación de los agravios expuestos en el recurso de apelación especial, con relación a: 1) Fallo con fundamentación aparente dejando un vacío jurídico a sus alegaciones 2) fallo manifiestamente infundado debido a que no se ha determinado en forma precisa la tipicidad o la existencia de dolo en la presente causa penal, sin considerarse además la imposibilidad



económica del procesado, constituyendo ello una errónea aplicación de un precepto legal de fondo, solicitando que el Acuerdo y Sentencia N° 3 de fecha 17 de febrero de 2017, dictado por el tribunal de alzada sea anulado, y en consecuencia se disponga el reenvío de estos autos a otro Tribunal de Apelaciones para que estudie los agravios deducidos en la apelación especial contra la S.D. N° 127 de fecha 15 de junio de 2016.

## **2. CONCLUSIÓN**

Bajo el examen efectuado y de acuerdo a los presupuestos legales expresados, cabe DECLARAR ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto con relación al Art. 478, inc. 3° del CPP. ES MI VOTO.

A su turno, la Ministra Dra. MIRYAM PEÑA CANDIA manifiesta que se adhieren al voto del Ministro Preopinante, Dr. MANUEL DEJESUS RAMIREZ CANDIA, por los mismos fundamentos.

### **VOTO DEL DR. LUIS MARIA BENITEZ RIERA:**

Considero que en cuanto al recurso de casación interpuesto por la Defensora Pública Nilda López Britz ha sido presentado dentro del plazo previsto en la ley; por escrito y ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Además, en el escrito forense se expresan concretamente los motivos y su respectivo fundamento, sin haber omitido proponer la solución que pretende. En consecuencia, al estar cumplimentadas íntegramente las exigencias formales requeridas por el Artículo 468 en concordancia con el Artículo 480 del ritual penal, corresponde DECLARAR ADMISIBLE para su estudio el recurso de casación deducido por el representante de la sociedad y explorar la juridicidad de la cuestión de fondo controvertida. ES MI VOTO.



## **A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, DOCTOR RAMIREZ CANDIA SOSTUVO**

### **ANÁLISIS**

1. Según se ha expuesto más arriba, la pretensión de la impugnante radica en que el Tribunal de Apelación dio una explicación genérica a sus cuestionamientos contra la sentencia dictada por el Tribunal de mérito. Específicamente el órgano revisor omitió expedirse en forma concreta y fundada sobre los agravios de la recurrente respecto al estudio incorrecto de la tipicidad realizada por el Tribunal de mérito, igualmente reclamó en alzada la falta de consideración por parte del Tribunal de Sentencia de la imposibilidad físico real del procesado de cumplir con la obligación.

2. De las constancias surge que el Tribunal de Apelación efectivamente se limitó a utilizar frases y afirmaciones rutinarias, al igual que transcripciones de los escritos de las partes; y respecto al error de aplicación en el derecho, específicamente sobre los presupuestos de la tipicidad requeridos por el artículo 225 inciso 2° del CP, el tribunal de apelaciones expresó: "...Las disquisiciones apuntadas por la Defensa técnica, no representan un error in iudicando, como pretende la misma, pues es el resultado de la valoración conjunta y armónica de las pruebas aportadas al proceso y desarrolladas por ante el Tribunal de Merito, art. 175 del Código Procesal Penal, del que surge la Sentencia Definitiva puesta en crisis que posee la valoración de las instrumentales que obligan al condenado a la prestación de alimentos. La subsunción de la conducta al tipo penal establecido en el art. 225, inc. 2° del Código Penal, en concordancia con el Art. 29 del mismo cuerpo legal, tienen su fundamento en aquellas instrumentales agregadas a la carpeta fiscal, donde se tiene que el condenado en esta causa penal, fue condenado al pago de la asistencia alimentaria que posteriormente fue aumentada, Conforme a lo señalado, del



estudio de la resolución en crisis, no se vislumbra que la misma posea vicios, art. 403 del Código Procesal Penal, pues los magistrados del Colegiado de Sentencia han observado los parámetros dispuestos en el art. 398, del Digesto Normativo Procesal en cuanto a los requisitos de la sentencia. Los demás apuntes de la Defensa, tropiezan con las pruebas instrumentales aportadas al proceso y puestas a consideración y estudio del Tribunal Sentenciador, por tanto, estas apreciaciones dejan de representar agravios estructurados con relación directa a la norma aplicable o a la sentencia recaída. A contrario de lo indicado por la Defensa técnica, las pruebas pre constituidas, sentencias condenatorias al pago de la prestación debida, traslucen una clara aplicación del derecho por parte del Tribunal de Merito, siendo imposible reseñar que dicho órgano haya incurrido en inobservancia o errónea aplicación de preceptos legales, art. 467 del Código Procesal Penal. Tampoco existen vicios de la sentencia, art. 403 del Código Procesal Penal, siendo inaplicable la nulidad pretendida. por consecuencia el reenvío, debiendo ser confirmada la resolución puesta en crisis."

3. De estas expresiones, se colige que el Tribunal de Apelaciones, ni siquiera interpretó que la Apelación planteada por la defensa se refería a cuestiones que hacen a un error de derecho, vale decir, a que el Tribunal de Sentencia no interpretó correctamente los elementos constitutivos del tipo legal previsto en el artículo 225 inciso 2° CP y por tanto, es concretamente respecto a los presupuestos de la omisión descrita y su interpretación en lo que hace al conocimiento de la situación típica y a la capacidad físico real de cumplir con el mandato a lo que tenía que haberse referido el Tribunal de Apelaciones y no a cuestiones probatorias como ser "las instrumentales" por las cuales se llegó a la condena.



Dicho de otro modo, la apelación material no fue tratada, puesto que, del contenido del Acuerdo y Sentencia, queda muy claro que el Tribunal de Apelaciones ni siquiera se percató cual era el objeto de la Apelación. En una palabra: establecer si en el caso concreto fueron correctamente aplicados, a los hechos probados, los elementos constitutivos de la tipicidad descriptos en el artículo 225 inciso 2° CP.

De lo que sigue, se puede apreciar que el Tribunal de Apelación no observó la norma contenida en el art. 125 del CPP, llegando a una solución arbitraria del caso que habilita la declaración de nulidad de la misma.

Es un deber cognitivo del tribunal expresar el análisis de subsunción, las normas que consagran el deber de fundamentación de las resoluciones judiciales. artículo 256 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 125 CPP, impone a los jueces la obligación de fundar sus decisiones, expresando las razones que los llevaron a resolver la cuestión de un determinado modo y no de otro.

En el caso de referencia, se planteó una apelación material respecto a la aplicación del derecho y el Tribunal de Apelación respondió que estaba correcto porque entendió que la recepción de medios de prueba fue correcta, lo cual hace que el mismo deba ser casado por medio del recurso actual.

4. Ahora bien, utilizando la Decisión Directa, facultad dotada a la Sala Penal según los artículos 480 y 474 del CPP, paso a analizar los cuestionamientos a la Sentencia de Primera Instancia.

La defensa técnica centró sus agravios en el análisis efectuado por el Tribunal de Sentencia con respecto al incorrecto estudio de la tipicidad del hecho punible de Incumplimiento del



Deber legal alimentario, expresando también que no se ha determinado en forma precisa la existencia de dolo en la presente causa penal. Además, ha referido que el Tribunal de Sentencia no ha considerado la imposibilidad económica de su defendido de cumplir con la obligación, con lo que se vislumbra a su entender la falta del elemento subjetivo para la calificación de la conducta dentro de las previsiones realizadas por el Tribunal de mérito, constituyendo ello una errónea aplicación de un precepto legal de fondo. Finalmente, la recurrente propone como solución pretendida la declaración de la nulidad del Acuerdo y Sentencia dictado por el Tribunal de alzada, y el reenvío de la presente causa penal a otro Tribunal revisor a los efectos del estudio de la apelación especial deducida contra la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Sentencia.

5. Sobre estos agravios, es preciso establecer, que la solución jurídica pretendida por la defensa, es incorrecta, tratándose de una apelación sobre la falta de uno o más elementos constitutivos del tipo objetivo (apelación material). La única solución correcta que pueda ser solicitada es la absolución y de ninguna manera el reenvío a otro Tribunal de Sentencia. Esto es así porque: si los hechos no fueron cuestionados, sino la aplicación del derecho, el Tribunal de Alzada no tiene impedimento alguno en establecer la solución directa, aplicando correctamente el derecho. Carece de sentido que un Tribunal de Apelación, realice un análisis de subsunción y establezca: conforme a los hechos probados en primera instancia, que no se da un presupuesto de la punibilidad y decida reenviar a otro Tribunal de Sentencia para un nuevo juicio, en lugar resolver directamente la absolución, puesto que un nuevo juicio, conlleva la apreciación nuevamente de medios de prueba y por tanto de los hechos que en principio no fueron cuestionados por lo tanto, si el nuevo Tribunal de Sentencia, da por acreditado los mismos hechos que el Tribunal de Sentencia anterior, entonces tendría



que aplicar el derecho que el Tribunal de Apelación considera correcto y por lo cual anuló la primera sentencia. En cambio, si da por acreditados otros hechos, el derecho aplicable ya no sería el mismo, y una nueva apelación por error material, sería formulada por la defensa y así al infinito.

Desde mi punto de vista, la mala práctica judicial se viene arrastrando por la falta de comprensión y distinción entre los presupuestos y las consecuencias jurídicas de un recurso que se basa en la errónea aplicación del derecho de fondo (ley penal) y un recurso que se basa en la errónea aplicación del derecho de forma (ley procesal).

6. Entonces tratándose en este caso, el agravio planteado, de un error sobre la aplicación del derecho material, se debe resolver sobre la corrección o incorrección de la interpretación que hizo el Tribunal de Sentencia, respecto a los elementos constitutivos del tipo legal descrito en el artículo 225 inciso 2° CP.

7. Según se verifica en la Sentencia de primera instancia, se observa que el Tribunal de Sentencia fundamentó la existencia del hecho punible, en base a la resolución judicial - S.D. N°561 de fecha 11 de noviembre de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Primer Turno, y la falta del cumplimiento del mismo, y en cuanto a la TIPICIDAD expresó: "...Corresponde en esta parte el estudio pertinente en lo que concierne a verificar de forma completa los elementos del tipo objetivo y subjetivo de la conducta del acusado según la subsunción al tipo penal previsto y penado en el art. 225, inc. 2° del C.P., "el que incumpliera un deber alimentario establecido en un convenio judicialmente aprobado o en un resolución judicial S.D. Nro. 561 de fecha 11 de noviembre de 2009 y el informe bancario actual remitido por el Banco Nacional de Fomento, que convierte la conducta del acusado en típica, entendida como modelo de conducta fijada por



el legislador al cual se atribuye una sanción. Los elementos objetivos que dan cuenta acabadamente del sujeto obligado a la prestación, el bien jurídico tutelado por la norma, igualmente se ha verificado con el informe remitido por el Banco Nacional de Fomento actualizado, el RESULTADO de la omisión, ya que de este se infiere la suma depositada en la cuenta judicial habilitada para dicho efecto y la que dejó de depositar el acusado. con lo cual se completa otro de los elementos requeridos en el tipo objetivo cual es el resultado de esta conducta. Finalmente, se completan con el nexo causal, que constituye la conducta omisiva del acusado con el resultado reflejado en el dejar de hacer lo que manda la ley y la judicatura con la Sentencia Definitiva, por consiguiente, es un delito de comisión por omisión y de resultado, en el que el resultado producido debe ser imputado causalmente al sujeto de la omisión...///...En consecuencia al omitir éste cumplimiento del deber, responde a los resultados de la omisión, aunque su posición de garante no se fundamente en un precepto legal directo, sino en la propia idea del fin de protección de bienes jurídicos que tiene la norma.

En cuanto al elemento subjetivo, inferimos primeramente el conocimiento de la situación que genera el deber, en este caso derivados de la patria potestad, así como el conocimiento sobre la posibilidad de realizar la acción debida en congruencia con los derechos del niño en recibir alimentos. Constituye un agravante en éste caso en particular el incumplimiento a la orden judicial, amen a estas circunstancias, indudablemente que los distintos elementos y medios de prueba demuestran que su conducta se halla adecuado al tipo penal, dado que finalmente, no existe siquiera remotamente la posibilidad de un error de tipo en el caso en particular".



De lo que sigue, el Tribunal de Sentencia efectuó un análisis incorrecto de la tipicidad. El error del Tribunal de Sentencia, radica esencialmente en que precisamente no consideró la capacidad físico real de cumplir con el mandato, lo que sin duda constituye un elemento del tipo.

El tipo legal de incumplimiento del deber legal alimentario dispuesto en el Art. 225 del Código Penal constituye un hecho punible de OMISIÓN, entiéndase esta como la no realización de una determinada acción por parte de una persona determinada, capaz de realizarla. La falta de un hacer determinado por parte de una persona determinada con capacidad de realizar la acción ausente es lo esencial en la omisión. La persona no despliega su capacidad a pesar que el mandato te exige que así lo haga.

En efecto, el elemento objetivo descrito en el tipo penal en estudio requiere el incumplimiento de una resolución judicial que se ha dictado en un juicio de alimentos o que haya sido establecido en una homologación de acuerdo judicialmente aprobado. Sin embargo, para completar la tipicidad se requiere no solo, la ausencia de una acción destinada al cumplimiento del mandato, es decir, una "tentativa de cumplir con el mandato", sino que se requiere, además, la capacidad físico real de cumplir con este mandato. En el caso concreto, la capacidad del acusado, de cumplir con la resolución judicial (S.D. N°561 de fecha 11 de noviembre de 2009), pagando el monto que fuera fijado como cuota alimentaria de manera mensual.

Conforme al artículo 225 inciso 2° CP, la situación típica, se da de forma mensual en el día que fue fijado por la Sentencia Definitiva dictada por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, para realizar el depósito de la suma de dinero que esta disponga, lo cual ni siquiera consta en la sentencia definitiva de primera instancia, del Tribunal de Sentencia.



Ha quedado entonces establecido que, en la Sentencia de primera instancia, no fue considerado siquiera este elemento del tipo legal, desde luego que ello presupone, que el Tribunal de Sentencia haya en primer lugar establecido, según el objeto del juicio, descrito en el A.I. de elevación, la cantidad de veces que el acusado, teniendo la capacidad económica de depositar el monto establecido, no lo ha hecho.

Sin embargo, la Sentencia dictada por el Tribunal de mérito, tampoco fijó los meses o años en los que el acusado no cumplió con su obligación legal, lo que constituye el resultado típico y que correspondería con uno o varios incumplimientos por lo que no se puede determinar en qué momento preciso o periodo de tiempo se habrían dado los sucesivos hechos de incumplimiento del deber legal por parte del omitente.

En la acusación fiscal presentada, se expresó lo siguiente: "...se pudo verificar que la cuenta corriente de referencia no ha registrado movimiento alguno desde su apertura hasta la fecha, incurriéndose de esta manera en un incumplimiento del deber legal alimentario en relación a sus hijos..." (fs.78 vltto de autos).

De lo que debería haberse delimitado el objeto de juicio, desde hasta la fecha de imputación.

El representante del Ministerio Público con el informe del Banco Nacional de Fomento debió precisar el periodo de tiempo en el cual el acusado no cumplió con la obligación que le fuera impuesta por la sentencia judicial mencionada para que se pueda llegar a corroborar la situación típica y en consecuencia el resultado típico previsto en la ley penal.

En estas condiciones, al no establecerse el periodo de tiempo preciso en el que habría acontecido el o los incumplimientos de la obligación por parte del Sr. Porfirio Rojas Oviedo,



no se puede siquiera valorar la capacidad físico real de cumplimiento del mandato que fuera cuestionado por la defensa y cuyo análisis tampoco consta en la sentencia recurrida.

Al constatar entonces, que ni la acusación formulada por el Ministerio Público, ni el Auto de Apertura a Juicio, ni la Sentencia definitiva, contienen un relato de hechos en donde conste el periodo tiempo en el cual se pueda establecer los presupuestos de tipicidad y luego la punibilidad, no puede realizarse una valoración sobre el error en la aplicación del derecho, vale decir, la casación material solicitada por la defensa.

Es por todo ello que, existiendo un obstáculo procesal insalvable corresponde anular la S.D. N° 127 de fecha 15 de junio de 2016 en estos autos, y en consecuencia dictar el Sobreseimiento Definitivo del Sr. Porfirio Rojas Oviedo en la presente causa penal, lo que no afecta a la existencia de posteriores hechos de incumplimientos por parte del mismo que puedan ser materia de otro proceso penal.

8. En conclusión, corresponde:1) DECLARAR la ADMISIBILIDAD del Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la Defensora Pública Nilda López Britez, en representación del Sr. Porfirio Rojas Oviedo, contra el Acuerdo y Sentencia N° 03, del 17 de febrero de 2017, del Tribunal de Apelación en lo Penal, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de ALTO PARANA; 2) HACER LUGAR al Recurso Extraordinario de Casación interpuesto contra el Acuerdo y N° 03, del 17 de febrero de 2017, del Tribunal de Apelación en lo Penal, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de ALTO PARANA y, en consecuencia, ANULARLO en los términos expuestos en el exordio de la presente resolución; 3) ANULAR por decisión directa la S.D. No. 127 de fecha 15 de junio de 2016 dictada por el Tribunal de sentencia Colegiado, y en consecuencia SOBRESER DEFINITIVAMENTE al Sr. Porfirio Rojas Oviedo en la presente causa penal. ES MI VOTO.



En cuanto a las costas, las mismas deben ser impuestas en el orden causado en virtud a lo dispuesto por el Art.261 del Código Procesal Penal.

A su turno, la Ministra Dra. MIRYAM PEÑA CANDIA manifiesta que se adhieren al voto del Ministro Preopinante, Dr. MANUEL DEJESUS RAMIREZ CANDIA, por los mismos fundamentos.

**VOTO DEL DR. LUIS MARIA BENITEZ RIERA:**

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, EL DR. LUIS MARIA BENITEZ RIERA DIJO:  
Como cuestión previa, y a fin de exponer de una manera más ordenada el análisis del objeto de recurso se presentan, en primer lugar, las pretensiones de las partes; y en segundo y último lugar el análisis de la procedencia, positiva o negativa, del recurso invocado.

En esta inteligencia, es dable destacar que, en autos, se ha agravado — la defensa Pública— en el sentido que los argumentos brindados en el Acuerdo y Sentencia No: 03 del 17 de febrero de 2017, no condice con la jurisprudencia nacional al respecto de la fundamentación correcta que debe provenir de un análisis integral de todos los agravios interpuestos en su momento, que ha generado un verdadero fallo injusto. Continúa diciendo la recurrente que el Tribunal de Apelación ha obviado en forma precisa establecer criterios sobre la tipicidad o la existencia del dolo, elementos necesarios para establecer la reprochabilidad etc.; continua diciendo que las pruebas presentadas por su parte no han sido valoradas por el Tribunal sentencia, ni alzada entre otros, derivando todo esto lógicamente en una decisión incorrecta, la de condenar a su representado a la pena privativa de libertad de dos años; funda —esencialmente- todo lo referido en su respectivo escrito agregado a autos y lo sustenta en virtud a la norma contenida en el Art. 478 inc. 3ro. del C.P.P.



Por su lado, se encuentra agregado a estos autos a fs. 312/317 la contestación del traslado respectivo por parte del Ministerio Público en el cual solicita el rechazo del recurso de casación interpuesto por la Defensa.

Análisis de la Procedencia del Recurso interpuesto en base a los agravios expuestos por el recurrente y la jurisprudencia nacional respecto al modelo de enjuiciamiento propiamente dicho:

En primer lugar, se ha sustentado en diversos fallos anteriores que el Tribunal de Alzada sólo debe controlar si se aplicaron todos los requisitos esenciales para el juzgamiento y luego de determinada la autoría etc., pasar a verificar igualmente si se ha actuado correctamente en la sanción, utilizando para ello las bases de la medición de la pena prevista en el Art. 65 del C.P., sin entrar nuevamente a analizar cuestiones que refieren asuntos discutidos en juicio propiamente dicho, tales como por ejemplo: Análisis y reexamen de las pruebas presentadas, evaluación de etapas anteriores ya juzgadas, analizadas y contrastadas entre las partes del proceso, entre otros, y de allí redimensionarlas o salir de límites no permitidos por la ley y la construcción del sistema.

En el sentido destacado, es dable señalar que, por diseño del modelo de enjuiciamiento vigente, es en la etapa del juicio oral y público que las partes ejercen, en toda su dimensión, el control de las pruebas y es en ésta, donde se manifiesta en todo su esplendor, la necesaria contradicción, porque es a raíz de dicho tamiz que las evidencias adquieren dimensión probatoria por observancia de las reglas del debate, examen y contraexamen, y ello es así, porque han convencido al órgano juzgador por haberla sobrepasado con solvencia.



Siguiendo la ilación que antecede, tenemos que el Tribunal de Sentencia "construye" la idea del crimen, según sentencia propiamente dicha, en la denuncia realizada en autos por la señora Gertrudis Martínez de Rojas y las documentales como a) copia de la S.D. N° 561 del 11 de noviembre de 2019; b) Certificado de Nacimiento de Eulalia Concepción Rojas Martínez; c) informe del Banco Nacional de Fomento entre otros, los cuales le han servido para asumir como ciertas las alegaciones del acusador e inferir que Porfirio Rojas Oviedo es el autor del hecho de incumplimiento del deber legal alimentario. Estos argumentos y otros fueron los sustentados por primera instancia. Sobre la eficacia probatoria de tales elementos de convicción, el Tribunal de Sentencia concluye que tales compendios permiten formar convicción de las circunstancias en que ocurrieron los hechos, señalándolos pormenorizadamente para afirmar que Porfirio Rojas Oviedo ha incumplido la obligación legal de mantener a sus hijos menores aplicándole el art. 225 inc. 2do. del C.P. No obstante, todo lo dicho, la defensa ha planteado como principal agravio la falta de tipicidad en virtud a las pruebas diligenciadas en el presente juicio, todo lo dicho se encuentra en la sentencia a fs. 253/255.

Veamos si la alzada ha hecho el control sobre el aspecto señalado:

Siguiendo el análisis se tiene que el Tribunal de Apelaciones ha referido en lo esencial que la conducta del acusado en este proceso, es típica, antijurídica y reprochable, conforme a las previsiones del artículo 225 inc. 2do. del C.P. en concordancia con el art. 29 inc. 1ro. del mismo cuerpo legal según consta a fs. 278 en el que, básicamente, se hace alusión genérica de los hechos y se menciona la norma referenciada sin mayor argumento, sobre la cuestión que, ha sido justamente el punto de discusión ejercido por la defensa en juicio, como en alzada.



Del relato anterior se puede ver previamente que, el Tribunal de Apelaciones en forma inexplicable no ha pasado a estudiar cuestión que se ha puesto en crisis y así dar respuesta a la pretensión de la defensa.

Es claro que el Tribunal de Apelación debió actuar en base a lo que establece el art. 456 del C.P.P., y así brindar sus apreciaciones, explicando en el fallo todo lo acontecido, cuestión que no se da en la presente causa y que ha sido advertida igualmente por el recurrente en su escrito de apelación oportunamente, argumento también asumido por esta Sala Penal de la Corte en fallos anteriores.

En tal sentido, si bien alzada ha intentado brindar argumentación, no es menos cierto que la explicación efectuada por los miembros del tribunal de apelación es notoriamente infundada, por tanto, viciada, al no cumplir con lo preceptuado en el art. 478 inc. 3 del C.P.P. Así también, al no haberse procedido de la forma requerida en el control de la sentencia de primera instancia, con ello, en el presente caso, se ha hecho una fundamentación aparente, sostenido ampliamente en doctrina.

como causa de invalidez de la sentencia. (La fundamentación sólo aparente equivale a la falta de motivación y determina su invalidez como acto jurisdiccional por arbitrariedad. Ello así, por cuanto las leyes exigen un razonamiento claro, completo, coordinado entre los distintos argumentos y entre éstos y las conclusiones, apoyado en los elementos de autos y en las normas jurídicas vigentes de manera que sin dificultad se advierta una correcta valoración de la prueba para obtener los elementos de hecho, y una adecuada elección de la ley para obtener su encuadramiento jurídico (CLARIA OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IV: La actividad procesal, Ediar, Buenos Aires, 1964, pág. 295), exigencia que no se ha visto satisfecha en el pronunciamiento en trato.).



No obstante el error detectado, este opinante no puede salir de la línea antes reseñada sobre el modelo de enjuiciamiento vigente y violentar principios básicos establecidos, de los que se señalara precedentemente, como la inmediación — art. 366 del C.P.-, más aun teniendo presente la limitada competencia de la Sala Penal, por ello, no pueden ser evaluados nuevamente acontecimientos y cuestiones probadas y contratadas en juicio oral y público (ante Ésta), que a todas luces no le es permitido según construcción del sistema.

Que, en este caso en particular los aspectos de juzgamiento tales como por ejemplo, la logicidad para el dictado de la sentencia, debió ser objeto de examen por parte de apelación, más aun teniendo presente que, para el control de los mimos han sido fijados correctamente por la defensa cada uno de los agravios y el art. 456 ya mencionado, obliga a los miembros de alzada a brindar los fundamentos sobre el punto objeto del recurso con la lógica posibilidad del estudio y corrección del error señalado, si este existiere.

Que en virtud a lo reseñado se puede afirmar que habiendo cometido errores Cámara en el dictado de una sentencia viciada; insuficiente al no haber fundado su fallo confirmando la condena emitida por en primera instancia- no observando las reglas básicas de control, y omitiendo la obligación argumentativa según lo que dispone la competencia que le asigna la ley (en especial sobre el agravio referente a la tipicidad), hecho por el cual ha equivocado su razonamiento en la presente causa. Debo admitir entonces que esto justifica la declaración de nulidad de la misma, esto fundado en el Art. 165 y stes. (C.P.P.).

Por lo expuesto, notando que la corrección no puede ser realizada en esta instancia, por lo señalado sobre la jurisprudencia de la Corte en materia tratada y virtud a la norma contenida en el Art. 473 del C.P.P., la presente causa debe ser reenviada a otro tribunal de a elaciones a los fines pertinentes, según todo lo expuestos precedentemente.



Doy mi voto entonces, porque se haga lugar al recurso extraordinario de casación interpuesto en autos por la Defensora Pública Nilda López Britez, y que el Acuerdo y Sentencia N° 3 de fecha 17 de febrero de 2017, sea anulado con el consecuente reenvío para un nuevo estudio de la apelación por otro Tribunal.

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

### **ACUERDO Y SENTENCIA NUMERO 370**

**VISTOS:** los meritos del acuerdo que antecede, la SALA PENAL

**RESUELVE:** Asunción, 04 de junio de 2019

DECLARAR LA ADMISIBILIDAD del Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por la Defensora Pública Nilda López Britez, en representación del Sr. Porfirio Rojas Oviedo, contra el Acuerdo y Sentencia N° 03, del 17 de febrero de 2017, del Tribunal de Apelación en lo Penal, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de ALTO PARANA.

HACER LUGAR al Recurso Extraordinario de Casación interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 03, del 17 de febrero de 2017, del Tribunal de Apelación en lo Penal, Segunda Sala de la Circunscripción Judicial de ALTO PARANA y, en consecuencia, ANULARLO en los términos expuestos en el exordio de la presente resolución.

ANULAR por decisión directa la S.D. No. 127 de fecha 15 de junio de 2016, dictada por el Tribunal de Sentencia, y en consecuencia SOBRESEER DEFINITIVAMENTE a Sr. Porfirio Rojas Oviedo en la presente causa penal.

IMPONER las costas en el orden causado. ANOTAR, registrar y notificar.



# **República Dominicana**



# RECONOCIMIENTO CONDICION DE REFUGIADO

**PAÍS:** República Dominicana

**TRIBUNAL:** Cuarta Sala del Tribunal Superior Administrativo, de Jurisdicción Nacional

**MATERIA:** Materia Penal

**DERECHOS VINCULADOS (PALABRAS CLAVES):** Derechos Humanos, no discriminación por razones de raza, nacionalidad o religión , Convención sobre los refugiados

## BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS

El señor Muhammad Moh Sadkh de nacionalidad Afgano, ingresó a la República Dominicana el día 24 de agosto de 2017. El día 29 de agosto de 2017, el señor Muhammad Moh Sadkh, solicitó ante la Oficina Nacional de Refugiados, el reconocimiento de la condición de refugiado y con fecha de 31 de marzo de 2021, alegando temores fundados de que su vida corre peligro. La Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), emitió la Resolución núm. SR-044/2021, mediante la cual declara la inadmisibilidad de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. Presentado el recurso contencioso administrativo solicita que le sea otorgado el estatuto de refugiado y anulada la orden de retorno voluntario dictada en su contra. Que se adopten medidas legislativas y administrativas, y de cualquier otro carácter, que establezcan los estándares para la debida aplicación del análisis de la determinación de la condición de refugiado de 1951 y su Protocolo, conforme los estándares internacionales.

## Factico:

En fecha de 24 de agosto de 2017, el señor Muhammad Moh Sadkh, ingresó a la República Dominicana, el día 29 de agosto de 2017, el señor Muhammad Moh Sadkh, solicitó ante la Oficina Nacional de Refugiados, el reconocimiento de la condición de refugiado y en fecha



de 31 de marzo de 2021, alegando temores fundados de que su vida corre peligro. La Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), emitió la Resolución núm. SR-044/2021, mediante la cual declara la inadmisibilidad de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

### **Argumentos trascendentes:**

La parte recurrente, señor Mohammad Moh Sadkh, a través de su recurso, el cual fue depositado en fecha 23 de junio de 2021, solicita al tribunal que acoja como bueno, regular y válido el recurso interpuesto en contra de la Resolución que declara la inadmisibilidad de su solicitud de reconocimiento de refugiado en República Dominicana por parte de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) de fecha 31 de marzo de 2021, estableciendo que no hay garantía de que su vida o su integridad no corran peligro en caso de que república Dominicana lo devuelva a su país de origen. Solicita también que le sea otorgado el estatuto de refugiado y anulada la orden de retorno voluntario dictada en su contra. Que se adopten medidas legislativas y administrativas, y de cualquier otro carácter, que establezcan los estándares para la debida aplicación del análisis de la determinación de la condición de refugiado de 1951 y su Protocolo, conforme los estándares internacionales y directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Adoptar medidas legislativas y reformas en su procedimiento administrativo conforme los estándares internacionales, la Constitución dominicana, la Ley de Procedimiento Administrativo núm. 107-13, **los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** y las directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que aseguren el debido proceso administrativo. RESERVAR el derecho al recurrente Mohammad Moh Sadkh, de depositar posteriormente, en caso de ser necesario o de interés, cualquier documento y/o solicitar cualquier medida de instrucción o de réplica, en apoyo al presente recurso y del derecho de defensa y del principio de contradicción. SÉPTIMO: COMPENSAR las costas procesales pura y simplemente.”

La parte recurrida solicita que se rechacen todos los pedimentos de la parte recurrente, improcedentes, por mal fundados y carentes de base legal y aducen que el recurrente ostenta doble nacionalidad por lo que debe rechazarse el recurso no otorgarle el estatuto



de refugiado por no estar acorde con los estándares de la Convención sobre Estatuto de Refugiados.

### **Análisis del caso:**

Establece el Tribunal que una parte fundamental en la instrumentación de la sentencia o decisión es la motivación, de la manera que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha hecho eco de la tutela judicial efectiva y sus componentes cuando externó: “La Corte ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”<sup>4</sup>. En tal virtud, el tribunal procederá a realizar las valoraciones pertinentes.

En ese contexto, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, define al refugiado “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.

Vale la pena subrayar que, los refugiados, de conformidad con la definición de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados de 1951, son aquellas personas que debido a temores fundados de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas huyen del país de su nacionalidad en busca de asilo y han sido reconocidos por las autoridades competentes de ese país como refugiados de acuerdo con la Convención.

Acorde con la supra indicada disposición internacional, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, no tiene ningún efecto jurídico sobre personas que hayan establecido su residencia en otro país de origen. Ello porque, lo que quiere el Derecho Internacional de los refugiados, es que se apliquen estas disposiciones a personas que estrictamente necesitan de esta institución.



Como se desprende del citado Decreto, la Convención sobre el Estatuto de Refugiado, no configura Derecho, si la persona solicitante ha adquirido una nueva nacionalidad distinta a su país de origen, en consonancia con el artículo 1, letra E, del Texto Internacional.

Llegados a este punto, el Tribunal, tras estudiar meticulosa y detenidamente el legajo de piezas que obran en el expediente, estima que, no existe soporte probatorio alguno que corrobore la afirmación de que, la parte recurrente, Mohammad Moh Sadkh, ostenta la nacionalidad rusa y, por tanto, configure el supuesto anteriormente planteado, por lo que fallan de la manera siguiente:

### F A L L A:

PRIMERO: DECLARA como bueno y válida, el presente recurso contencioso administrativo incoado en fecha de 23 de junio de 2021, por el señor Mohammad Moh Sadkh, en contra de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE). SEGUNDO: En cuanto al fondo, ACOGE el presente recurso, por los motivos expuestos en el cuerpo de la sentencia y, en consecuencia, REVOCA la Resolución núm. SR-044/2021, expedida por la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), de conformidad con las motivaciones esbozadas. TERCERO: DECLARA el proceso libre de costas. CUARTO: ORDENA, la comunicación de la presente sentencia, vía Secretaría General del Tribunal a las partes envueltas en el proceso; parte recurrente, Mohammad Moh Sadkh, parte recurrida, Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) y al Procurador General Administrativo. QUINTO: ORDENA que la presente sentencia sea publicada en el Boletín del Tribunal Superior Administrativo.

**OBSERVACIONES** La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, define al refugiado “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.

De conformidad con la definición de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados de 1951, son aquellas personas que debido a temores fundados de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones



políticas huyen del país de su nacionalidad en busca de asilo y han sido reconocidos por las autoridades competentes de ese país como refugiados de acuerdo con la Convención.

Es dable precisar que no configura Derecho si la PERSONA SOLICITANTE HA ADQUIRIDO UNA NUEVA NACIONALIDAD DISTINTA A LA DE SU PAÍS DE ORIGEN.

### **Sentencia núm. 0030-1642-2022-SSEN-00298**

Expediente núm. 0030-2021-ETSA-01659 Solicitud núm. 030-2021-CA-00864

En la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, capital de la República, a los veintidós (22) días del mes de abril del año dos mil veintidós (2022), años ciento setenta y nueve (179) de la Independencia y ciento cincuenta y nueve (159) de la Restauración. La Cuarta Sala del Tribunal Superior Administrativo, de Jurisdicción Nacional, regularmente constituida en el salón donde acostumbra a celebrar sus audiencias, sito en el Palacio de las Cortes ubicado en la calle Hipólito Herrera Billini, esquina Juan B. Pérez, Centro de los Héroes de Constanza, Maimón y Estero Hondo, La Feria, de esta ciudad, con la presencia de sus jueces: FRANKLIN E. CONCEPCIÓN ACOSTA, Juez presidente; MILDRED I. HERNÁNDEZ GRULLÓN, Jueza, y BAYOANA. RODRÍGUEZ PORTALATÍN, Juez; asistidos de la infrascrita secretaria general, LASSUNSKY D. GARCÍA VALDEZ, y el alguacil de estrados de turno, han dictado en sus atribuciones de lo contencioso administrativo la sentencia que sigue:

Con motivo del recurso contencioso administrativo interpuesto por el señor MUHAMMAD MOH SADKH, de nacionalidad afgano, domiciliado y residente en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, capital de la República Dominicana; quien tiene como abogada constituida y apoderada a la licenciada Rasie I Salcedo Alcántara, dominicana, mayor de edad, abogada de los tribunales de la República, titular de la cédula de identidad y electoral marcada con el núm. 402 - 1144077-7, con estudio profesional abierto en la calle H, núm. 17, esquina Diagonal, Zona Industrial de Herrera, Santo Domingo Este, de la República Dominicana, correo electrónico: rasielsalcedo@hotmail.com, teléfono:



809-941-0106, en donde hace formal elección de domicilio para todos los fines y consecuencias legales, en lo adelante parte recurrente.

En contra de la COMISIÓN NACIONAL PARA LOS REFUGIADOS (CONARE), creada mediante Decreto núm. 1569, del 15 de noviembre de 1983, y su Reglamento núm. 2330, de fecha 10 de septiembre de 1984, cuya presidencia es ostentada por el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, institución gubernamental con su sede en la Av. Independencia núm. 752, Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, debidamente representada por el señor ROBERTO ÁLVAREZ, Ministro de Relaciones Exteriores, dominicano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad y electoral núm. 001-0960792-9, con su despacho en la sede la institución; quien tiene como abogados constituidos y apoderados a los licenciados Ezer Vidal y Pamela Frías, dominicanos, mayores de edad, abogados de los tribunales de la República, titulares de la cédulas de identidad y electoral núms. 001-0698563-3 y 001-1858417-6, respectivamente, con domicilio profesional en la sede del Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección Jurídica (teléfono 809-987-7079); en lo adelante la parte recurrida.

Asimismo, comparece, el Dr. VÍCTOR L. RODRÍGUEZ, Procurador General Administrativo, actuando en representación de la administración pública, en virtud del artículo 166 de la Constitución, en lo adelante PROCURADURÍA GENERAL ADMINISTRATIVA.

**CRONOLOGÍA DEL PROCESO** El expediente que nos ocupa fue iniciado con motivo del Recurso Contencioso Administrativo depositado en fecha 23 de junio de 2021, incoado por el señor Mohammad Moh Sadkm en contra de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE). Mediante el auto núm. 08418-2021, de fecha 1 de junio del 2021, la Presidencia del Tribunal ordenó comunicar la instancia del expediente depositada en fecha 23 de junio de 2021, a la parte recurrida, Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) y a la Procuraduría General Administrativa (PGA), a los cuales al tenor del párrafo I del artículo 6 de la Ley núm. 13-07 del 05 de febrero de 2007, les fue otorgado un plazo de treinta (30) días a partir de la recepción de la instancia con la finalidad de que hicieran depósito de su escrito de defensa. Auto que fue notificado a la parte recurrente, Mohammad Moh Sadkh, en fecha 6 de julio de 2021, por intermedio de la Unidad de Notificaciones del Tribunal Superior Administrativo, mediante correo electrónico. Mediante acto núm. 616/2021, de



fecha 15 de julio de 2021, por intermedio del ministerial, Roberto Eufracia Ureña, Alguacil de Estado del Tribunal Superior Administrativo, la parte recurrida, Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) y la Procuraduría General Administrativa (PGA), quedaron notificadas del presente recurso contencioso administrativo. En fecha de 3 de agosto de 2021, la parte recurrida, Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), depositó su escrito de defensa relativo al presente recurso. En fecha de 7 de octubre de 2021, la Procuraduría General Administrativa, depositó el dictamen núm. 1438-2021, sobre el presente recurso. Mediante el auto núm. 01960-2022, de fecha 23 de febrero de 2022, la Presidencia del Tribunal ordenó que los escritos antes anotados sean comunicados a la parte recurrente, Mohammad Moh Sadkh, para que en un plazo de quince (15) días contados a partir de la fecha de recibido, produzca su escrito de réplica. Auto que fue notificado por conducto de la Unidad de Notificaciones del T.S.A, en fecha de 7 de marzo de 2022. En fecha 20 de enero de 2022, la parte recurrente, Mohammad Moh Sadkh, depositó su escrito de réplica al Dictamen de la Procuraduría General Administrativa (PGA). En fecha 29 de marzo de 2022, la parte recurrente, Mohammad Moh Sadkh, depositó su escrito de réplica sobre el escrito de defensa de la parte recurrida, Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE).

Mediante auto núm. 01699-2022, de fecha 18 de abril de 2022, emitido por la Presidencia del Tribunal Superior Administrativo, fue apoderada esta Sala por sorteo, para el conocimiento del presente recurso. En fecha 21 de abril de 2022, fue emitido por esta Sala el auto núm. 2022-S04-00319 mediante al cual se asignó el expediente para fines de fallo.

**PRETENSIONES DE LAS PARTES** Parte recurrente. La parte recurrente, señor Mohammad Moh Sadkh, a través de su recurso, depositado en fecha 23 de junio de 2021, concluyó de la siguiente manera:

“PRIMERO: Acoger como bueno, regular y válido el presente Recurso Contencioso Administrativo contra la Resolución núm. SR-044/2021 emitida por la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) de fecha 31 de marzo de 2021, notificada en fecha de 24 de mayo de 2021, que declara la inadmisibilidad de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado del señor Mohammad Moh Sadkh, de nacionalidad afgano. SEGUNDO: REVOCAR, anular y declarar sin efecto jurídico alguno la Resolución núm. SR-



044/2021, emitida por la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) de fecha 31 de marzo de 2021, notificada en fecha de 24 de mayo de 2021, que declara la inadmisibilidad de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado del señor Mohammad Moh Sadkh, de nacionalidad afgana. En virtud de que no existen garantías de que su vida o integridad no corre peligro en cosa de que éste retorne a su país de origen. TERCERO: Ordenar que le sea reconocida al recurrente Mohammad Moh Sadkh, la condición de refugiado, y le sea otorgada su residencia temporal en virtud del Decreto núm. 2330 y, en consecuencia, ANULAR la orden de “retorno voluntario”, dictada en su contra en la indicada Resolución núm. SR-044/2021 emitida por la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), el día 31 de marzo del año 2021. CUARTO: ORDENAR a la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), adoptar medidas legislativas y administrativas, y de cualquier otro carácter, que establezcan los estándares para la debida aplicación del análisis de la determinación de la condición de refugiado de 1951 y su Protocolo, conforme los estándares internacionales y directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

QUINTO: ORDENAR a la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), adoptar medidas legislativas y reformas en su procedimiento administrativo conforme los estándares internacionales, la Constitución dominicana, la Ley de Procedimiento Administrativo núm. 107-13, los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que aseguren el debido proceso administrativo.

SEXTO: RESERVAR el derecho al recurrente Mohammad Moh Sadkh, de depositar posteriormente, en caso de ser necesario o de interés, cualquier documento y/o solicitar cualquier medida de instrucción o de réplica, en apoyo al presente recurso y del derecho de defensa y del principio de contradicción.

SÉPTIMO: COMPENSAR las costas procesales pura y simplemente.” Parte recurrida.

La parte recurrida, Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), depositó su escrito de defensa en fecha de 3 de agosto de 2021, en el que concluye de la manera siguiente: “PRIMERO: RECHAZAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por el señor Mohammad Moh Sadkh, nacional afgano, contra la Resolución del Pleno de la Comisión



Nacional para los Refugiados (CONARE) núm. SR-044/2021, de fecha 31 de marzo de 2021, por improcedente, mal fundado y carente de base legal.

SEGUNDO: COMPENSAR las costas por tratarse de materia contenciosa administrativa.” Procuraduría General Administrativa. La Procuraduría General Administrativa en su Dictamen núm. 1438-2021, depositado en fecha 7 de octubre de 2021, dictamina: “DE MANERA PRINCIPAL.ÚNICO: Declarar INADMISIBLE el Recurso Contencioso Administrativo interpuesto por el señor MOHAMMAD MOH SADKH, en fecha de 23 de junio de 2021 contra la Resolución núm. SR-044-2021, emitida en fecha 31 de marzo de 2021, por la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), por resultar violatorio el artículo 43 de la Ley núm. 285 de fecha 15 de agosto de 2004. DE **MANERA SUBSIDIARIA: ÚNICO: RECHAZAR** en todas sus partes por improcedente, mal fundado y carente de base legal el Recurso Contencioso Administrativo interpuesto por el señor Mohammad Moh Sadkh en fecha de 23 de junio del año 2021 contra la Resolución núm. SR-044/2021, emitido en fecha de 31 de marzo de 2021 por la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE).” Escrito de réplica. La parte recurrente, Mohammad Moh Sadkh, depositó su escrito de réplica al dictamen de la Procuraduría General Administrativa (PGA), en fecha de 20 de enero de 2022, en el que concluye: “PRIMERO: Rechazar lo propuesto por la Procuraduría General Administrativa (PGA) en el Dictamen núm. 1438-2021, por no presentar argumentos jurídicamente fundamentados que permiten justificar el rechazo del recurso contencioso administrativo del señor Mohammad Moh Sadkh, y en consecuencia: SEGUNDO: Acoger en cuanto a forma y fondo las conclusiones vertidas en el escrito de recurso contencioso administrativo presentado por el recurrente Mohammad Moh Sadkh, por estar sustentadas en pretensiones justas y jurídicamente sustentadas.” Escrito de réplica. La parte recurrente, Mohammad Moh Sadkh, depositó su escrito de réplica al escrito de defensa, en fecha de 29 de marzo de 2022, en el que concluye que: “PRIMERO: Rechazar lo propuesto en Escrito de Defensa de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) relativo al Recurso Contencioso Administrativo interpuesto por el señor Mohammad Moh Sadkh, y en consecuencia: SEGUNDO: Acoger en cuanto la forma y fondo las conclusiones vertidas en el escrito de recurso contencioso administrativo presentado por el recurrente Mohammad Moh Sadkh, por estar fundamentadas en pretecciones justas y jurídicamente sustentadas.”



**DOCUMENTOS APORTADOS** En los medios probatorios que las partes aportaron al proceso consta, entre otros, los siguientes:

Parte recurrente.

1. Copia fotostática de la Resolución núm. SR-044/2021, de fecha 31 de marzo de 2021.
  2. Copia fotostática de la notificación de la Resolución núm. SR-044/2021, de fecha 24 de mayo de 2021.
  3. Copia fotostática del pasaporte para extranjeros del señor Mohammad Moh Sadkh.
- Partes recurridas.

1. Copia fotostática de la Resolución del Pleno de la CONARE núm. SR-044/2021, de fecha 31 de marzo de 2021.
2. Copia fotostática del oficio núm. DAPR-NRSR-006-2021, de fecha 15 de abril de 2021.
3. Copia fotostática del oficio núm. EMRD/FR/1922/2017, de fecha 3 de agosto de 2017, de la Embajada dominicana en Rusia.

**DELIBERACIÓN DEL CASO** 1. La parte recurrente, señor Muhammad Moh Sadkh, apodera en fecha veintitrés (23) de junio del año dos mil veintiuno (2021) a este Tribunal de un Recurso Contencioso Administrativo contra la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE).

### **COMPETENCIA DEL TRIBUNAL**

2. En fecha 26 de enero del año 2010 fue promulgada nuestra Constitución Política, que en sus artículos 164 y 165 instituye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y crea los Tribunales Superiores Administrativos, disponiendo en su Título XV de las Disposiciones Generales y Transitorias, Capítulo II, Disposición Transitoria VI, que el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo existente, pasará a ser el Tribunal Superior Administrativo creado por esta Constitución.
3. Este Tribunal Superior Administrativo, ha comprobado que se trata de un recurso contencioso administrativo, cuyo conocimiento, deliberación y fallo es competencia de esta



jurisdicción especializada, con base a las disposiciones contenidas en el literal (b) del artículo 1 de la Ley núm. 14-94 que instituye la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de fecha 2 de agosto de 1947.

## **EN CUANTO A LA EXTEMPORANEIDAD DEL RECURSO**

4. En aplicación del principio dispositivo y de criterios jurisprudenciales, es necesario que este Tribunal se pronuncie, en primer lugar, sobre los incidentes presentados, y luego, si fuere necesario, sobre el fondo de la demanda; en ese orden, la Procuraduría General Administrativa (PGA), sostiene que el recurso que nos ocupa es inadmisibles por violación a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 13-07 de fecha 05 de febrero del 2007.

5. Es obligación de todo juez o tribunal referirse a los asuntos incidentales que les son planteados antes de conocer el fondo de cualquier acción o demanda, en aras de una sana administración de justicia y en apego a su función pública, pues su deber es respetar el derecho que le asiste a las partes sobre sus conclusiones incidentales, por lo que la Sala procederá a ponderar las mismas, por ser pedimentos de derecho que deben ser contestados antes de todo examen sobre el fondo.

6. En tal sentido, el artículo 44 de la Ley núm. 834 del 15 de julio de 1978, expresa que: “Constituye una inadmisibilidad todo medio que tienda a hacer declarar al adversario inadmisibles en su demanda, sin examen al fondo, por falta de derecho para actuar, tal como la falta de calidad, la falta de interés, la prescripción, el plazo prefijado, la cosa juzgada”, siendo criterio de nuestra Suprema Corte de Justicia (SCJ) que los fines de inadmisión establecidos en dicho artículo no son limitativos, sino meramente enunciativos, es decir, que las inobservancias a cuestiones formales en la interposición del recurso fundada en argumentos y pruebas fehacientes podrían dar curso a la inadmisión del mismo.<sup>1</sup>

7. El artículo 5 de la Ley núm. 13-07 de fecha 5 de febrero de 2007, sobre transición hacia el control de la actividad administrativa del Estado, dispone que: “el plazo para recurrir por ante el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, será de treinta (30) días a contar del día en que el recurrente reciba la notificación del acto recurrido...”

8. En efecto, como requisito previo para la declaratoria de admisibilidad del presente recurso contencioso-administrativo, este Tribunal debe abocarse a evaluar si la interposición



del mismo fue realizada dentro del plazo que dispone la norma procesal contencioso-administrativa, es decir, dentro de los treinta (30) días que siguen a la notificación de la decisión recurrida.

9. Conforme al principio de legalidad de las formas: “el tiempo, el lugar y la forma de los actos procesales deben ser los establecidos por la ley y por ende deben ser rigurosamente observados, que, al no ser ejecutados oportunamente, carecerán dichos actos de eficacia jurídica”.

10. Nítidamente, la Sala Civil y Comercial de la Suprema Corte de Justicia, ha reiterado que “el cumplimiento de los requisitos relativos a las formas procesales que deben observarse en la elaboración y ejecución de los actos de procedimiento, no tiene como finalidad un mero interés formal de la ley o de un formulismo procesal, sino que son establecidos con el propósito cardinal de que el acto alcance el fin sustancial que le fue confiado en el proceso, el cual es tutelar la inviolabilidad de la defensa en juicio, fin que se concretiza cuando la parte emplazada es puesta en condiciones de ejercer, de manera efectiva, su derecho de defensa”. Y es que, “las formas procesales que deben ser observadas por las partes en el curso de un litigio, son aquéllas precisiones que rigen acerca del modo, lugar y tiempo en que deben realizarse los actos del proceso, cuya finalidad es permitir el ejercicio del derecho de defensa de las partes; que, por tanto, cuando una de las partes ha incumplido alguna de las formas procesales previstas, lo que el juez debe verificar es su efecto, si dicha omisión ha causado una violación al derecho de defensa”. 2

11. Este Tribunal, al analizar el legajo de pruebas sometidas por las partes al tamiz judicial, ha verificado que el acto impugnado, es decir, la Resolución núm. SR-044-2021, de fecha 31 de marzo de 2021, tienen fecha de recibido por parte del recurrente, Mohammad Moh Sadkh, el 24 de mayo de 2021, por tanto, al acudir ante esta jurisdicción en fecha 23 junio de 2021, cumplió con las formalidades previstas en la normativa procesal.

12. En ese sentido, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo iniciaba el día el 25 de mayo de 2021 y culminaba el 7 de julio de 2021, tomando en cuenta que el día 3 de junio de 2021, por instrucciones del Ministerio de Trabajo, fue un día no laborable en ocasión al Día de Corpus Christi.



13. En esas coordenadas, al acudir la parte recurrente, Mohammad Moh Sadkh, el día 23 de junio de 2021, dentro del plazo, se encontraba dentro del plazo de 30 días para interponer válidamente la presente vía judicial. Por esta razón, el Tribunal es del criterio que el medio de inadmisión planteado por la Procuraduría General Administrativa (PGA), debe ser rechazado, sin necesidad de que esta decisión conste en la parte dispositiva de la presente sentencia.

### **SOBRE EL FONDO DEL CASO**

14. En la especie se trata de un Recurso Contencioso Administrativo interpuesto por el señor Mohammad Moh Sadkh en contra de la Resolución núm. SR-044-2021, de fecha 31 de marzo de 2021, emitida por la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE).

15. En ejercicio de una tutela judicial efectiva, al tenor del artículo 69 de la Constitución proclamada el día 13 de junio del año 2015, previo a decidir en derecho, se impone revisar si ha puesto en causa al recurrido en observancia de todos los rigores del debido proceso, regido por las garantías y principios previstos en los numerales 1) al 10) del citado artículo 69 de la Carta Sustantiva; también consagrados en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 6 de la Convención Europea 2 Suprema Corte de Justicia (SCJ). Primera Sala. Sentencia núm. 650, dictada en fecha de 29 de marzo de 2017 sobre Derechos Humanos; preceptos que entran en el bloque de constitucionalidad y rigen con primacía en el ordenamiento jurídico.

16. Con respecto a la consideración precedente, en cuanto a una tutela judicial efectiva de un debido proceso, el Tribunal se aseguró de que tanto la COMISIÓN NACIONAL PARA LOS REFUGIADOS (CONARE), y el PROCURADOR GENERAL ADMINISTRATIVO fueran notificados del recurso, depositando respectivamente, su escrito de defensa y dictamen núm. 1438-2021, por lo que se ha cumplido con el debido proceso.

17. Por haber sido, el presente recurso canalizado siguiendo los cánones legales de rigor, procede declararlo regular y válido en cuanto a la forma.

### **VALORACIÓN PROBATORIA**



18. Conforme al principio general de la prueba, instituido en el artículo 1315 del Código Civil, “El que reclama la ejecución de una obligación, debe probarla. Recíprocamente, el que pretende estar libre, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”; y en esa tesitura, el Tribunal recuerda que, conforme a preceptos jurisprudenciales de principio, los jueces son soberanos en la apreciación del valor de las pruebas y esa apreciación escapa al control de la casación, a menos que éstas sean desnaturalizadas.

19. En ese orden, la parte recurrente para sustentar su recurso aportó la documentación antes descrita.

20. Como parte fundamental de la instrumentación de la sentencia o decisión de un tribunal por no decir, la de mayor envergadura, está la de la motivación, de tal manera la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha hecho eco de la tutela judicial efectiva y sus componentes cuando externó: “La Corte ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”<sup>3</sup>

. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”<sup>4</sup> . En tal virtud, el tribunal procederá a realizar las valoraciones pertinentes.

## **HECHOS ACREDITADOS JUDICIALMENTE**

21 - Luego del estudio de las conclusiones vertidas por las partes y cotejar las mismas con la prueba ofrecida al proceso, este tribunal tuvo a bien establecer los siguientes hechos.

### **HECHOS NO CONTROVERTIDOS**

A. En fecha de 24 de agosto de 2017, el señor Muhammad Moh Sadkh, ingresó a la República Dominicana.

B. En fecha de 29 de agosto de 2017, el señor Muhammad Moh Sadkh, solicitó ante la Oficina Nacional de Refugiados, el reconocimiento de la condición de refugiado.



C. En fecha de 31 de marzo de 2021, la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), emitió la Resolución núm. SR-044/2021, mediante la cual declara la inadmisibilidad de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

### **HECHO A CONTROVERTIR**

A. Determinar si la Resolución núm. SR-044/2021, expedida por la Comisión Nacional para los Refugiados, se ajusta a las disposiciones constitucionales, convencionales y legales que rigen la materia en cuestión.

### **APLICACIÓN DEL DERECHO A LOS HECHOS**

22. Al tenor del artículo 139 de nuestra Carta Fundamental, los Tribunales son los encargados de controlar la legalidad en los actos de la Administración Pública, en ese sentido al ser el Tribunal Superior Administrativo un órgano jurisdiccional miembro del Poder Judicial de la República Dominicana es parte del Estado dominicano por lo cual es nuestro deber velar por la protección de los derechos de las personas que acudan al Sistema de Justicia en busca de una solución a sus conflictos, situación que se colige del espíritu plasmado por el legislador en las disposiciones del artículo 8 de nuestra indicada Constitución Política. A. Determinar si la Resolución núm. SR-044/2021, expedida por la Comisión Nacional para los Refugiados, se ajusta a las disposiciones constitucionales, convencionales y legales que rigen la materia en cuestión.

23. La Constitución de la República en adición a que proclama un Estado Social y Democrático de Derecho 5 , perfila e instaura las bases para la consideración de un Estado Cooperativo con la 5 Constitución dominicana. Artículo 7.- Estado Social y Democrático de Derecho. La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad comunidad internacional, en una interpretación sistemática y combinada de los artículos 266 y 74.37 del Texto Constitucional. Ello implica que, el legislador constituyente optó por el reconocimiento pleno e irrestricto de las normas de Derecho Internacional y, en consecuencia, estas disposiciones tienen aplicabilidad directa para los procesos ventilados en cualquier orden y esfera pública. 8



24. En ese orden de ideas, el Tribunal resalta que, las obligaciones asumidas por el Estado dominicano, así sea mediante Pactos, Convenios o Tratados Internacionales, que versen sobre Derechos Humanos, adquieren rango constitucional, en clave con el artículo 74.3 de la Norma Suprema.

25. En un diálogo con el Tribunal Constitucional dominicano, se ha sostenido que: “El mecanismo diseñado por el constituyente para el ingreso del derecho internacional constituye una de las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, al reconocer y aplicar las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado.”<sup>9</sup>

26. No obstante a lo anterior, el propio Texto Constitucional sujeta la exigibilidad y aplicación de las normas de Derecho Internacional a varias condiciones, entre las que se destaca, que éstas se hayan adoptado siguiendo a milímetro el cauce o procedimiento constitucional previsto y vigente (numerales 1 y 2 del artículo 26 de la Constitución).

27. Asimismo, es de rigor indicar que, única y exclusivamente los pactos, convenios o tratados internacionales sobre Derechos Humanos se encuentran en paridad y nivel jerárquico con el Texto Supremo (artículo 74.3 Constitucional) y, por tanto, son fuente directa y aplicativa para la solución de procesos administrativos y judiciales. Lo anterior quiere decir que, en caso de confrontación entre una norma de índole de Derechos Humanos concebida en el plano de Derecho Internacional, suscrito y ratificado por el Estado dominicano y otra norma infra constitucional, el Tribunal proferirá la primera.

28. Las precedentes consideraciones expuestas resultan de gran relevancia e importancia neurálgica para la solución del caso, toda vez que, buscan clarificar nociones dispersas y abstractas contenidas en el Texto Constitucional.

29. Ahora bien, el Tribunal ha verificado que, el Estado dominicano ha suscrito y ratificado, -de acuerdo con el procedimiento constitucional vigente- la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, mediante Resolución aprobada por el Congreso Nacional, núm. 694, de fecha ocho (08) de noviembre de mil novecientos setenta y siete (1977), lo que significa que, esta Convención forma parte del sistema jurídico dominicano.



30. En ese contexto, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, define al refugiado “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.” 11

31. Sin embargo, es la misma Convención Internacional que prevé ciertos supuestos en los que no se otorga la condición de refugiado a una persona solicitante. Por consiguiente, si la persona “ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delito”<sup>12</sup>, el Estado podrá negarle la condición de refugiado (artículo 1. F).

32. En esa misma línea, el mismo Texto Internacional establece que, [e]sta Convención no será aplicable a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país. (Art. 1.E).

33. Acorde con la supra indicada disposición internacional, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, no tiene ningún efecto jurídico sobre personas que hayan establecido su residencia en otro país de origen. Ello porque, lo que quiere el Derecho Internacional de los refugiados, es que se apliquen estas disposiciones a personas que estrictamente necesitan de esta institución.

34. Vale la pena subrayar que, los refugiados, de conformidad con la definición de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados de 1951, son aquellas personas que debido a temores fundados de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas huyen del país de su nacionalidad en busca de asilo y han sido reconocidos por las autoridades competentes de ese país como refugiados de acuerdo con la Convención.

35. Tal y como se observa, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, consagra una serie de limitaciones que impiden el otorgamiento del reconocimiento del estatuto de refugiado. Por igual, la Convención no contiene reglas explícitas sobre los procedimientos a



seguir para la determinación de la condición de refugiado y las garantías procesales. En ese sentido, es dable indicar que, las normas de Derecho Internacional tienen un margen de abstracción abundante, en la medida en que, se le permite al Estado, a través de los poderes públicos, la correcta implementación y configuración de los derechos contemplados en los Convenios de esta materia, mediante del procedimiento legislativo de lugar, sin desmedro de desconocer el estándar mínimo convencionalmente estipulado.

36. Así, el Poder Ejecutivo mediante el Decreto núm. 1569, de fecha 15 de noviembre de 1983, creó e integró la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), adscrita a la Dirección General de Migración (DGM), conforme el artículo 5 del Decreto núm. 2330, de fecha 10 de septiembre de 1984.

37. Igualmente, el Decreto núm. 2330, de fecha 10 de septiembre de 1984, prescribe en sus artículos 7, 8, 9 y 10, el procedimiento a seguir para la determinación del estatuto del refugiado.

38. El artículo 11 del mencionado Decreto núm. 2330, establece que: “Artículo 11.- La Comisión Nacional para los Refugiados decidirá sobre la cesación y exclusión de la condición de refugiado, según los términos de los Párrafos C y F del Artículo Iro. de la Convención de 1951, que copiado a la letra dice: "C.- En los casos que se enumeran a continuación, esta Convención cesará de ser aplicable a toda persona comprendida en las disposiciones de la Sección A precedente: 1) Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad; o 2) Si, habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o 2) Si, ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o 3) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor a ser perseguida; o 4) Si por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad. 5) Queda entendido, sin embargo que las disposiciones del presente Párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el Párrafo I de la Sección A del presente Artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores; 6) Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las



circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada. está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual. Queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente Párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el Párrafo 1ro. de la Sección A del presente Artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país donde tenía su residencia habitual, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores. [...]

39. Como se desprende del citado Decreto, la Convención sobre el Estatuto de Refugiado, no configura Derecho, si la persona solicitante ha adquirido una nueva nacionalidad distinta a su país de origen, en consonancia con el artículo 1, letra E, del Texto Internacional.<sup>13</sup>

40. Llegados a este punto, el Tribunal, tras estudiar meticulosa y detenidamente el legajo de piezas que obran en el expediente, estima que, no existe soporte probatorio alguno que corrobore la afirmación de que, la parte recurrente, Mohammad Moh Sadkh, ostenta la nacionalidad rusa y, por tanto, configure el supuesto anteriormente planteado.

41. En ese sentido, el Tribunal deja constancia que, la parte recurrida, Comisión Nacional para los Refugiados, depositó la comunicación núm. EMRD/FR/1922/2017, de fecha 3 de agosto de 2017, sin anexarle documentos que permitan evidenciar que, la parte recurrente, Mohammad Moh Sadkh, encuentra arraigo o nacionalidad en la Federación Rusa, por lo que, no colocó al Tribunal en condiciones de valorar sus pretensiones de lugar.

42. A la vista de las anteriores consideraciones, procede que el Tribunal acoja el presente recurso contencioso administrativo y, en consecuencia, declare la nulidad de la Resolución núm. SR044/2021, expedida por la Comisión Nacional para los Refugiados, en fecha de 31 de abril del 2021.

43. Se declara libre de costas el presente proceso, en virtud de lo consignado en el artículo del art. 60 de la Ley núm. 1494 que dispone, “En este recurso no habrá condenación en costas”.

44. Esta decisión, firmada por los jueces del Tribunal, fue adoptada por unanimidad. Este Tribunal, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la Constitución y la ley, en aplicación de las disposiciones establecidas en los artículos 68 y 69 de la



Constitución y en ponderación de los textos convencionales y legales de la República Dominicana: **FALLA**:

PRIMERO: DECLARA como bueno y válida, el presente recurso contencioso administrativo incoado en fecha de 23 de junio de 2021, por el señor Mohammad Moh Sadkh, en contra de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE).

SEGUNDO: En cuanto al fondo, ACOGE el presente recurso, por los motivos expuestos en el cuerpo de la sentencia y, en consecuencia, REVOCA la Resolución núm. SR- 044/2021, expedida por la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), de conformidad con las motivaciones esbozadas.

TERCERO: DECLARA el proceso libre de costas.

CUARTO: ORDENA, la comunicación de la presente sentencia, vía Secretaría General del Tribunal a las partes envueltas en el proceso; parte recurrente, Mohammad Moh Sadkh, parte recurrida, Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) y al Procurador General Administrativo.

QUINTO: ORDENA que la presente sentencia sea publicada en el Boletín del Tribunal Superior Administrativo. Y por esta nuestra sentencia, así se pronuncian, ordenan, mandan y firman.

FRANKLIN E. CONCEPCIÓN ACOSTA. Juez Presidente

MILDRED I. HERNÁNDEZ GRULLÓN Jueza

BAYOAN A. RODRÍGUEZ PORTALATÍN Juez

Dada y firmada ha sido la sentencia que antecede por los Jueces antes mencionados, celebrando audiencia pública el mismo día, mes y año expresados, la que fue leída por mí, Secretaria que certifica.

LASSUNSKY D. GARCÍA VALDEZ Secretaria General



**Uruguay**



## ABSOLUCIÓN HOMICIDIO

**PAÍS:** URUGUAY

**TRIBUNAL:** JUZGADO LETRADO DE LAS PIEDRAS 2º TURNO CANELONES URUGUAY

**MATERIA:** Penal.

**DERECHOS VINCULADOS (PALABRAS CLAVES):** Juicio Oral y Público, Proceso Penal.  
Absuelve imputados, delito Homicidio.

**ENLACE:** <https://validaciones.poderjudicial.gub.uy/?cve=003045096553298E2469>

### BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS

El día sábado 09/11/2019, en horas de la tarde fue encontrado sin vida el cuerpo del Sr. J.C.C, en su domicilio, el cual se encontraba cerrado, debiendo forzar la puerta del fondo para poder acceder al interior de esta. Sostiene la Fiscalía que el último día que fue visto con vida fue el día miércoles 05/11/2019, en horas de la tardecita o noche. Sostiene además que las imputadas V.T. y P.R. tenían una relación con el mismo. Intercambiaban favores sexuales por ayudas económicas o en objetos. También indica que con la Sra. T. la relaciones había evolucionado, pasando a ser una relación más sentimental. Expresa que varios consumidores concurrían a la casa del fallecido, que este los ayudaba, les compraba objetos. C. y T. se conocían desde antes, incluso consumían juntos. Ese día en la tarde tanto R. como T. estuvieron en la vivienda, indicando la Fiscalía que en esa oportunidad T. sustrajo comestibles que luego vendió a la Sra. M. R. M. y según la Fiscalía en esa oportunidad también sustrajo un juego de llaves de la vivienda, que luego entregaría a C. Según la Fiscalía C. fue el último que vio con vida al fallecido, y habría estado dentro de la vivienda, ya que se encontraron rastros de pisadas, que según con la Fiscalía coinciden con los championes que usaba el imputado, y que días antes había comprado a otro consumidor Sr. C.Y.. En cuanto a la Sra. R. sostiene que ese día obtuvo el celular del fallecido que luego vende a R.V. 3 - La audiencia de Juicio comenzó el día 31/03/2022. La Sra. Representante de la Fiscalía, quien solicita que se condene al imputado C. como co autor penalmente responsable de un delito de Homicidio, a V.T. como cómplice de un delito de Homicidio, y a Denisse R. como autora de un delito de Receptación. Solicitando se imponga a C. una condena de diez (10) años de penitenciaría, a T. una condena de tres (03) años de



penitenciaria y R. una pena de dos (02) años de penitenciaria. La defensa en su contestación aboga por la inocencia y absolución de sus defendidos. En su extenso alegato de cierre estima la Sra. Fiscal plenamente acreditado con la prueba incorporada en autos que cada una de las probanzas analizadas por si y en forma conjunta, permiten concluir que los imputados son responsables de los delitos que refirió en su acusación, solicitando en definitiva se imponga la condena solicitada. 6- En su conclusión final la Defensa expresa: Que entiende que la Fiscalía, no logro probar que sus defendidos fueran los responsables de los delitos que pretende la condena la fiscalía. Dice que la fiscalía no logró probar la responsabilidad de sus defendidos, expresando que la investigación realizada fue pobre y plagada de prejuicios. Solicitando en definitiva la absolución de su defendido.

De la Sentencia se desprende “Por todo lo que viene de expresarse entiende esta sentenciante que la teoría del caso de la Fiscalía no es la única posible de conformidad con las pruebas e indicios presentados. El acceso supuesto a la vivienda con llaves apropiadas no quedó más que en una suposición, ya que las llaves no fueron habidas, y no pudo demostrarse sin dudas que la Sra. T. las tomara. Véase que el occiso estaba sin camisa, podía haber tenido calor, y encontrarse con la puerta del fondo abierta, y que por allí ingresara su atacante, demasiadas posibilidades. El vieron la oportunidad y la tomaron, también resulta poco convincente, ya que se demostró lo que había cobrado el Sr. C. el día 4/11/2019, era la suma de \$ 10.000, de la cual ya había gastado una buena parte, y por otro lado como señaló la Sra. G. había cosas de valor dentro de la vivienda, anillos, estatuas, televisor, todas cosas que hubieran sido fácilmente negociables para personas consumidoras y que necesitaron dinero para ello, pero estaban en el lugar. Es importante también destacar que las declaraciones que refirió el Oficial Santana, que corresponden a la etapa indagatoria, se tomaron a personas consumidoras, y a un mes de los hechos, cuesta creer que personas con esa enfermedad puedan aportar fechas claras de en que lugar estuvieron, que compraron y cuando. Los rastros de pisadas, que, según la pericia realizada, presentan similitudes con los championes que se le incautaron a C., aún aceptando que fueran los mismos, no se estableció si estaban en su poder al momento de la muerte del Sr. C. La luz que se apaga, que según la Fiscalía y el Oficial Santana, ayudan a determinar la hora de muerte, ni siquiera se manifestó o se acreditó en autos que la misma estuviera funcionando, o que se hubiera descompuesto el foco, como se dijo muchas teorías



pueden explicar el punto. Por otra parte, la Sra. Fiscal en su alegato de cierre intentó mantener la data de muerte alrededor de las 72 horas antes del hallazgo del cadáver, citando literatura al respecto, pero como se dijo la aparición de los fenómenos cadavéricos varían y no se ciñen necesariamente a lo que por regla general aparece. Por otra parte, se agregó la historia clínica del occiso, extremo que aclaró el Oficial Santana, que era para establecer si el occiso tomaba alguna medicación, o padecía alguna enfermedad, que de alguna forma pudiera alterar los procesos de descomposición. Sin embargo, en casi dos años de investigación no se solicitó al perito forense una ampliación de su informe para que analizara sus hallazgos a la luz de lo que surgiera en la historia clínica. Lo manifestado por la Sra. Fiscal en ninguna forma logra desvirtuar los hallazgos expresados por el perito médico forense y docente, por más de 10 años. En cuanto al celular de la víctima, no surge claro ni se probó como llegó a las manos de Ribeiro, si es que alguna vez lo tuvo, ya que lo único aportado es la declaración de Vidal, a quien se le impuso el estatuto del art. 159 del C.P.P. Para determinar la responsabilidad en materia penal, cuando no se cuenta con testigos presenciales, debemos contar con una serie de indicios, que en cantidad y analizados en conjunto a la luz de las reglas de la experiencia y la sana crítica, permitan determinar sin dudas que la secuencia de hechos fue la presentada por la Fiscalía y no otra, extremo que no aconteció en autos. III En el referido contexto habrá de desestimarse la demanda acusatoria presentada por la Fiscalía, los elementos aportados en juicio no alcanzaron un estándar probatorio que permita establecer la responsabilidad de los imputados en los hechos que se les pretende imputar. FALLO: Absolviendo a los imputados: J.I.C.A., del delito de Homicidio en calidad de coautor, a V.T.B, del delito de Homicidio en calidad de cómplice, y a D.P.R.A. de un delito de Receptación en calidad de autora. Dispónese el cese de las medidas cautelares que puedan pesar sobre los imputados. Consentida o ejecutoriada, comuníquese, oportunamente Archívese. Dra. Maria Fernanda MORALES CORNES “

### **OBSERVACIONES**

Sentencia Nro. 110/2022, N° de identificación de 602-193/2019 Las Piedras, 2 de Junio de 2022 VISTOS: Para sentencia definitiva de primera instancia, dictada por la titular del Juzgado Letrado de 2° Turno de Las Piedras Dra. Ma. Fernanda Morales, esta causa seguida a “COIROLO ALVAREZ, Julio Ignacio Juicio Oral, Un delito de Homicidio como co



autor, TORRES BATALLA, Valentina Un delito de Homicidio como cómplice, y a RIBEIRO ALVAREZ, Denisse Paola, un delito de Receptación IUE 602-193/2019, tramitados con la intervención de la Representante del Ministerio Público de Cuarto Turno Dra. Verónica Bujarin, y defensores Públicos Dr. Marcos Pazos y Yamila Cabrera.

**VER SENTENCIA COMPLETA EN:**

<https://validaciones.poderjudicial.gub.uy/?cve=003045096553298E2469>





# MODIFICACION IMPUTACION INICIAL

## HOMICIDIO

**PAÍS:** URUGUAY

**TRIBUNAL:** Tribunal Apelaciones Penal 1er turno

**MATERIA:** Penal

**DERECHOS VINCULADOS (PALABRAS CLAVES):** Formalización. Modificación de imputación inicial. Homicidio agravado por fallecimiento de la víctima.

**ENLACE:** <https://validaciones.poderjudicial.gub.uy/?cve=1101785807758D5900CA>

### BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS

Por Resolución 821/2022 y 822/2022 se tuvo por admitida la ampliación de la Formalización de la investigación seguida contra el imputado, modificándose la imputación original de Lesiones Graves, por la de Homicidio agravado, en mérito al fallecimiento de F. C.; manteniéndose el concurso real con Lesiones personales ocasionadas a G.R.

Al interponer apelación contra esa la imputación que presupone intención de dar muerte, con anuencia de la A quo previa consulta a Fiscalía y letrada de la víctima, el Defensor del imputado fundó inmediatamente el recurso y sostuvo: - en el debate llevado a cabo en audiencia la Fiscalía no ha mencionado ningún elemento objetivo para poder acreditar o sostener que estamos ante un delito de Homicidio intencional, esto es, doloso. No ha dicho ningún argumento, solamente ha manifestado genéricamente las consecuencias que tuvo el haber disparado un arma de aire comprimido, cuando la propia Fiscalía admite la existencia en la carpeta que lleva la misma, de una pericia balística la cual sostiene el disparo de esa arma de aire comprimido puede ocasionar en algunas situaciones, la penetración de la piel. Por lo cual, de ese informe surge que no es un arma mortal, y aparte es de venta libre, entonces no se entiende cómo se puede sostener que Santiago tuvo intención de dar muerte a Facundo, cuando apretó dicha arma de aire comprimido. Nadie lo



ha dicho acá y objetivamente de las pericias surge otra evidencia. La otra evidencia clara y que surge de la Fiscalía es que el disparo se produjo a 25 metros, tampoco a quemarropa ni a uno ni a dos metros, sino a una distancia considerable. Eso, sumado a lo anterior, hace imposible que Santiago hubiera previsto que el disparo podría causar la muerte a Facundo. Además surge de las declaraciones de todos sus amigos, que eran todos amigos y estaban festejando una despedida porque todos iban a estudiar a Montevideo, no hubo ninguna pelea entre ellos, ninguna discrepancia que haga presumir que Santiago tuviera alguna intencionalidad de dar muerte. Estamos frente a una tragedia, claro, si uno ve las consecuencias que trajo ese disparo, sí, fue mortal, pero objetivamente el informe de balística dice que solo en algunas ocasiones puede penetrar la piel y por algo es de vengala libre. La ampliación debe de ser por un delito de Homicidio culposo, ya que no hay evidencia como se dijo y la Fiscalía no ha expresado de dónde surge la evidencia para sostener que Santiago tuvo intención. Además de ello, también surge de la carpeta de la Fiscalía un informe del médico psiquiatra tratante donde explica qué fue lo que pudo haber ocurrido, esto es, una mala manipulación de Santiago de dicha arma atento a que tiene una displaxia que le ocasiona dificultades en el movimiento de sus dedos. Por lo cual, en definitiva, de la carpeta de la Fiscalía surge que fue un accidente, que no hubo ninguna intención de Santiago en dar muerte a su amigo, ellos eran amigos. Fiscalía contestó este recurso, diciendo: - existen elementos objetivos, ya que una persona que estuvo en el casco de una estancia, camina 20 minutos, le dice a un menor que lo acompañe, se lleva las bebidas alcohólicas, se cambia las botas y agarra el arma, prima facie se permite presumir la intención. Si bien como aduce la Defensa es de aire comprimido, es de gran alcance, como es de público conocimiento -no solamente tenemos que basarnos en la pericia- su impacto llega a alcanzar los 90 metros de impacto. - El imputado adoptó una posición de tirarse al piso, el arma tenía una mira telescópica y disparó en dos ocasiones: una, dando muerte a Facundo y otra, lesionando a otra persona. - Hay elementos objetivos suficientes de que existió el disparo, de que el imputado tomó el arma, de que le dijo al amigo que ya iba. (...)

A juicio de la Sala, si bien en principio, la calificación del delito imputado y en particular, lo atinente al elemento subjetivo, no tiene por qué definirse en la etapa preliminar, cuando en la solicitud de formalización nada se dijo acerca del mismo y la plataforma fáctica se presenta compatible o cuando menos, no excluyente de un Homicidio culpable, no puede



convalidarse que se pretenda ampliar la formalización (rectius, modificar la imputación en base a los mismos hechos (salvo en cuanto al desenlace de la lesión, resultando en el fallecimiento), pretendiéndose que se impute Homicidio a dolo directo y agravado especialmente, como vehículo -es claro- para obtener la preventiva, en base a las presunciones del art. 224.2 CPP. Como bien señaló el apelante en sus agravios, no hay de Fiscalía, referencia a ningún elemento objetivo -en la solicitud de formalización ni en la de ampliación o modificación, salvo el fallecimiento, naturalmente- que autorizara ni autorice homologar el elemento subjetivo introducido implícitamente con la nueva imputación, como si su invocación bastara, cuando primero nada se argumentó que hiciera pensar que a criterio de la Fiscalía hubo intención de dar muerte, ni nada se argumentó luego, para justificar un cambio en su parecer al respecto. Como se dijo, de los hechos relatados con la solicitud de formalización, que no fueron modificados en la solicitud de ampliación, en este momento y sin necesidad de producir prueba, no es posible desatender que originariamente los delitos no se imputaban a título de dolo. Con ese panorama, pretender diferir el tratamiento del elemento subjetivo al juicio oral, no es leal ni posible: del punto de vista adversarial -y provisionalmente- solo queda optar por la alternativa de la Defensa .

### **MODIFICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES (RESOLUCION 825)**

Posteriormente, Fiscalía pidió en lugar del arresto, preventiva por 120 días aclarando que debía solicitarla en función de la presunción del art. 224.2, existiendo semiplena prueba de los hechos que aquí se formalizaron, a los que remitió, que implican al imputado con elementos suficientes de que ocasionó la muerte y las lesiones de ambas víctimas. La medida es necesaria, ya que el imputado podría obstaculizar la investigación, existiendo sospecha grave y fundada de que éste o algún integrante de su familia podría intentar manipular a la víctima y testigos. Existe evidencia que se está evaluando, no se está sosteniendo que así sea, que el imputado pudo haber hecho caso omiso con algunos mensajes ofreciendo dinero a algunos testigos para que modifiquen sus declaraciones. También hay peligro de fuga, existiendo jurisprudencia conteste en sostener que no basta la simple gravedad del hecho, pero para valorar los indicios de riesgos procesales concretos deben tenerse en cuenta las circunstancias, naturaleza del hecho, ya que la posible pena que puede recaer va a ser mayor a la que hubiera correspondido por Lesiones gravísimas.



Al pedirse el arresto domiciliario, éste era idóneo; actualmente, teniendo en cuenta el resultado fatal, los riesgos procesales mutaron por la mayor entidad de la pena a recaer. (...)Anunciando oposición pero previo a fundarla, la Defensa solicitó como prueba para que no se hiciera lugar a la preventiva, la agregación de informe del siquiatra tratante de Santiago, de 18/3/2022, Dr. José Silva. También solicitó la declaración de la perita siquiatra de ITF Dra. Ohanian, quien hizo el último informe, y de los médicos que lo trataban en su mutualista, Dr. Dos Santos y Dra. Custodio, quien también hizo un informe por ITF. Sostuvo que es relevante el diligenciamiento de esta prueba, por la situación especial de vulnerabilidad en la que se encuentra Santiago. Más allá de lo que responda el INR, no tiene opción de contestar que tiene un lugar para él, porque es la obligación legal del Estado; pero todos sabemos lo que ha sucedido en los pabellones donde van personas con dificultades emocionales. (...)Recayó la Res. 824/2022 denegatoria de la prueba. IV-4) Al fundar su oposición a la preventiva (que debió preceder a su solicitud y rechazo de la prueba ofrecida), la Defensa dijo: ningún Tribunal de Apelaciones aplica las presunciones del art. 224.2 sino la jurisprudencia de la Corte IDH (dio lectura a resolución de la Sala, en sentido a la necesidad de argumentar sobre la necesidad de la preventiva, más allá de alegaciones genéricas. El elemento material no está, significa la semiplena prueba de que haya existido el delito de homicidio intencional, de acuerdo con lo manifestado al oponerse a la formalización: Fiscalía nunca mencionó qué elementos tiene para suponer que su defendido quería matar a Facundo, hay una pericia balística de Fiscalía contraria a entender que alguien podía entender que con esa arma podía darse muerte. No surge que Santiago se haya tirado al piso (como francotirador, al decir del imputado). Esto influye en el riesgo de fuga que invoca la Fiscalía por el monto de la pena con la nueva tipificación, por lo que era la oportunidad que se diga con qué elementos cuenta para la misma: el homicidio culposo se castiga con pena mínima de 20 meses mientras que el homicidio intencional, 8 años, por eso no era baladí discutir ahora sobre la intención que tuvo Santiago. Fiscalía sostuvo que la madre de Santiago habría intentado sobornar, en base a supuestos mensajes que le aportó la Dra. Pintos, quien afirmó esto públicamente. Si hubiera tenido alguna fortaleza, Fiscalía hubiera pedido la incautación del celular. Esos mensajes no existieron, pero tampoco podrían obstaculizar nada, porque no hay ninguna duda de cómo sucedieron los hechos, no restan diligencias investigativas porque no las hay, y en todo caso debería



investigarse a la madre de Santiago, no a éste. Es totalmente dependiente de los ocho medicamentos de receta verde que toma: si se fuga, ¿dónde los va a conseguir? Necesita constantemente atención médica. De querer fugarse dado que no es independiente, debería irse con sus padres, que tienen arraigo, la madre es una abogada de trayectoria en Tacuarembó, ese riesgo no tiene ningún sustento. Ninguna pericia dice que Santiago es un riesgo para la Sociedad. No hay elementos para la preventiva ni para arresto domiciliario. Fiscalía no ha mencionado lo que resta, para pedir un plazo de 120 días.(...) A juicio de la Sala, cuando no hay existen elementos objetivos para formalizar por Homicidio agravado, mal puede reputarse acreditado su supuesto material o semiplena prueba de ese hecho, que se integra con la intención de dar muerte, extremo que no fue invocado categóricamente sino a lo sumo, sugerido a partir de referencias al resultado fatal del disparo y a la idoneidad del arma empleada, a pesar de ser una escopeta de aire comprimido, que según el informe balístico obrante en la carpeta fiscal, no tendría explicación, obligando a Fiscalía a anunciar que solicitaría u obtendría, una ampliación del mismo. En cuanto al presupuesto procesal, por lo que viene de decirse, se diluyen todas las referencias a la imputación y a la presunción legal invocada por Fiscalía (art. 224.2 CPP), que como tiene dicho la Sala, tampoco la exoneraba de argumentar sobre riesgos concretos. Al respecto, el de peligro para la investigación no fue acreditado, aclarándose que no hubo ningún intento de amedrantamiento, etc., para que los testigos modificaran lo declarado en Fiscalía, que en cuanto al elemento subjetivo, aparece francamente favorable o más próximo a la culpa, que a la intención de lesionar, y menos, de dar muerte. La invocación de peligro de fuga también se desvanece, sin perjuicio que ya carecía de seriedad, cuando no hubo debate acerca de que el imputado es un sujeto que depende de sus padres y médicos. Si significa un peligro para la Sociedad, ello no fue invocado; por lo que es irrelevante que la Defensa argumentara en contrario. Ahora bien. Ello no impide entender conveniente que se prorroguen nuevamente -por un plazo acotado-, las medidas cautelares sustituidas erróneamente por la preventiva, a las que seguramente por ser ajustadas a la condición del imputado, el apelante antes no se opuso y actualmente lo hizo sin brío.

**RESUELVE:** REVÓCASE LA RESOLUCIÓN 821/2022 AMPLIADA POR RESOLUCIÓN 822/2022, EN CUANTO IMPUTÓ UN DELITO DE HOMICIDIO ESPECIALMENTE AGRAVADO, Y EN SU LUGAR, MODIFÍCASE LA IMPUTACIÓN DE LESIONES GRAVES,



POR LA DE UN DELITO DE HOMICIDIO CULPABLE, SIN PERJUICIO DE ULTERIORIDADES. REVÓCASE LA RESOLUCIÓN 825/2022, EN CUANTO DISPUSO LA PRISIÓN PREVENTIVA, COMUNICÁNDOSE PARA SU CESE INMEDIATO, DISPONIÉNDOSE EN SU LUGAR, LA EXTENSIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ADMITIDAS EN AUDIENCIA DE FORMALIZACIÓN, POR 60 DÍAS DESDE EL DÍA DE LA FECHA.

**OBSERVACIONES :** En autos caratulados: ALVEZ DE ALMEIDA RODRIGUEZ LUIS SANTIAGO.APELACIÓN Ficha 599-121/2022 intervino el Defensor Publico Joaquin Gamba Maneiro, fecha de la sentencia de segunda instancia 25 de mayo de 2022

**VER SENTENCIA COMPLETA EN:**

<https://validaciones.poderjudici.al.gub.uy/?cve=1101785807758D5900CA>





### **EDICIÓN Y DISEÑO A CARGO**

Dra. Estefanía Broggi

Dra. Yamila Cabrera

Dra. Carolina Camilo

Dr. Hugo Sebastián Gastelú

Dra. Lucía Long

Dra. Gabriela Machado

Dra. Lucía Vanzini



**Asociación de  
Defensores  
de Oficio**



**24 DE OCTUBRE 2022**

