

**Edición  
No. 16**

# BLODEPM

Bloque de Defensores Públicos  
Oficiales del Mercosur



**BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA**

**JUNIO 2022**



**Defensoría Pública**  
del Ecuador

**Dr. Ángel Torres Machuca**  
Defensor Público General del Ecuador

---

## **EDITORIAL**

**Boletín de Jurisprudencia**  
**Edición No.16**

**Equipo técnico:**

Karla Benítez Izurieta  
César Coronel Garcés  
Marco Maldonado Carrasco  
María Helena Villarreal Cadena

**Director editorial:**

Jorge Loayza Feijóo

**Diseño y diagramación:**

Oscar Villavicencio

**Fecha de publicación:**

Junio 2022

Dirección de Comunicación Social  
**Quito - Ecuador**

# **BLODEPM**

**Bloque de Defensores Públicos  
Oficiales del Mercosur**

El Bloque de Defensores Públicos Oficiales del MERCOSUR (BLODEPM) es un órgano creado por los miembros plenos del MERCOSUR, con la finalidad del fortalecimiento institucional de las Defensorías Públicas de los Estados de la región, estableciendo una coordinación interinstitucional en beneficio de los derechos humanos de los justiciables.

## PRÓLOGO

La décimo sexta edición del Boletín de Jurisprudencia del Bloque de los Defensores Públicos Oficiales del MERCOSUR -cuya compilación estuvo a cargo de la Defensoría Pública del Ecuador- constituye una importante y muy útil herramienta para nuestros compañeros defensores públicos en toda la Región, así como jueces, abogados en el libre ejercicio de la profesión, defensores de derechos humanos, académicos, estudiantes y el público en general.

Cada uno de los casos presentados, en un formato dinámico para mejor comprensión y aprovechamiento, nos permiten adquirir valiosos insumos para nuestro trabajo diario en temas vinculados a la defensa pública, acceso a la justicia, derechos humanos, entre otros.

En esta edición hemos contado con los importantes aportes de las Defensorías Públicas y Asociaciones de Argentina, Chile, Ecuador, Uruguay y Venezuela, a quienes agradecemos por su oportuna ayuda y destacamos que cada uno de los casos presentados tienen gran relevancia y utilidad.

Los invitamos a leer con atención cada una de estas resoluciones judiciales y animarlos a participar en las próximas ediciones.

# Índice



## ARGENTINA

Fallo Remitido Caso Comunidad Mapuche	6
Comunidad Mapuche Catalán (Causa N° 1490)	8
Fallo Remitido CSJN. RIVERO	69
Rivero (Causa N° 8033)	71



## CHILE

Fallos Remitidos Rol N° 39.732-2021	89
Rol N° 39.732-2021	91
Fallos Remitidos Rol N° 84.247-2021	122
Rol N° 84.247-2021	124



## ECUADOR

Fallos Remitidos Caso 13-18-CN	141
Sentencia Caso 13-18-CN	146
Fallos Remitidos 1214-18-EP	179
Sentencia Caso 1214-18-EP	188
Fallos Remitidos Caso 2185-19-JP Y ACUMULADOS	235
Sentencia Caso 2185-19-JP Y ACUMULADOS	238
Fallos Remitidos 2195-19-EP	293
Sentencia Caso 2195-19-EP	297
Fallos Remitidos 28-15-IN	312
Sentencia Caso 28-15-IN	320
Fallos Remitidos 4-19-EP21	407
Sentencia Caso 4-19-EP21	411
Fallos Remitidos 11-20-CN	429
Sentencia Caso 11-20-CN	431



## URUGUAY

Fallos Remitidos 809/2021	447
Sentencia 809/2021	449
Fallos Remitidos 670/2021	456
Sentencia 670/2021	458
Fallos Remitidos 263/2021	471
Sentencia 263/2021	473
Fallos Remitidos 68	486
Sentencia 68	488



## VENEZUELA

Fallos Remitidos Caso Carabobo	504
Sentencia Carabobo	509
Fallos Remitidos Caso Maria de Lourdes Añez	535
Sentencia Maria de Lourdes Añez	537



**ARGENTINA**

---

**BLODEPM**

Bloque de Defensores Públicos  
Oficiales del Mercosur

---



ARGENTINA

Caso Comunidad Mapuche No. 1490

Fallos Remitidos

## FALLO REMITIDO

<b>País</b>	Argentina
<b>Tribunal</b>	Corte Suprema de Justicia de la Nación
<b>Materia</b>	Constitucional – Acción de Inconstitucionalidad
<b>Intervino La Defensoría Pública Oficial</b>	No
<b>Datos del Defensor/a Público y Defensoría que intervino</b>	No aplica
<b>Derechos involucrados</b>	Derecho a la consulta, derecho a la participación de las comunidades indígenas, derecho a ser oído.
<b>Breve relación de los hechos</b>	<p>En el año 2003, la Provincia de Neuquén creó el Municipio Villa Pehuenia dentro de un territorio perteneciente a la comunidad Mapuche. Por ese motivo, la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina presentaron una acción de inconstitucionalidad. Entre sus argumentos, consideraron que la ley provincial N° 2439, que había creado el Municipio de Villa Pehuenia, no resguardó el derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas. A su vez, destacaron que la normativa omitió reconocer su preexistencia étnica y cultural.</p> <p>El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén intervino en instancia originaria y rechazó la acción. Contra esa decisión, las actoras interpusieron un recurso extraordinario federal.</p>
<b>Fundamentos de Derecho</b>	Acción de inconstitucionalidad fundamentado en las normas ley 2.439 y decreto PEP 2/04, vulneración al derecho a la consulta y participación de las comunidades indígenas reconocidas en la Constitución Nacional art. 75 incs. 17 y 22, así como instrumentos internacionales arts. 6 y 7, Convenio 169 de la OIT; y art. 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos)
<b>Contexto social y económico del caso</b>	Pueblos indígenas, minorías culturales, étnicas y lingüísticas
<b>Instancia procesal en la que se emite la sentencia / fallo</b>	Corte Suprema de Justicia de la Nación, 08 de abril del 2021, Sentencias CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1.
<b>Instrumento y/o criterio internacional invocado</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Convención Americana sobre Derechos Humanos.</li> <li>• Convenio 169 OIT.</li> <li>• Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.</li> <li>• Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.</li> <li>• Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.</li> </ul>

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Fallos Remitidos**

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador de 27 de junio del 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama c. Nicaragua de 23 de junio del 2005.

**Medidas de reparación integral adoptadas**

No aplica.

**Sentencia/Fallo**

Declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda en los términos precedentes (art. 16 de la ley 48).

Admitir la validez de la creación del Municipio de Villa Pehuenia y de todos los actos jurídicos que celebraron sus autoridades y que generaron derechos y obligaciones de la más diversa índole, así como de los actos que continúen celebrando hasta tanto la provincia adecúe las normas impugnadas a la Constitución y a los instrumentos internacionales que garantizan los especiales derechos de participación de los pueblos indígenas.

Condenar a la Provincia del Neuquén a que, en un plazo razonable, y en forma conjunta con las comunidades indígenas, establezca una mesa de diálogo con la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina, para que implementen la consulta que fuera omitida y diseñen mecanismos permanentes de comunicación y consulta para que los pueblos originarios puedan participar en la determinación de las políticas y decisiones municipales que los involucren y, adecuar, de este modo, la legislación en la materia a la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

**Votación por la que fue adoptada**

Voto mayoritario Ministros Ricardo Luiz Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Elena Ines Highton con remisión al dictamen de la Procuradora General

**Votos concurrentes o disidentes:**

**Votos concurrentes:** Ministro Horacio Daniel Rosatti  
**Votos disidentes:** Ministro Carlos Fernando Rosenkrantz

**Otros datos de interés:**

<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-comunidad-mapuche-catalan-confederacion-indigena-neuquina-provincia-neuquen-accion-inconstitucionalidad-fa21000061-2021-04-08/123456789-160-0001-2ots-eupmocsollaf?>



**ARGENTINA**  
**Caso Comunidad Mapuche No. 1490**  
Jurisprudencia

S.C. C. 1490, L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

Suprema Corte:

-I-

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén rechazó la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la ley provincial 2.439 que creó el municipio de Villa Pehuenia y del decreto PEP 2/04 que convocó a elecciones para conformar la Comisión Municipal respectiva (fs. 615/638).

El *a quo* expuso que la pretensión de las comunidades indígenas consiste en que se declare que la creación de ese municipio sobre territorios de las comunidades mapuches no resguardó el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, omitió reconocer su preexistencia étnica y cultural, y no aseguró su derecho a la participación, por lo que contradice el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante “Convenio 169 de la OIT”).

Luego, señaló que esa discusión excede la vía procesal escogida, que sólo admite la impugnación de normas fundada en su contradicción con la Constitución provincial. Por ello, concluyó que el conocimiento del tribunal debe circunscribirse a determinar si la ley 2.439 y el decreto PEP 2/04 se adecúan a la Carta Magna local.

En este sentido, sostuvo que la ley 2.439 no vulnera el artículo 203 de la Constitución local —según la redacción vigente al momento de la sanción de la norma cuestionada— en tanto la organización de un municipio es una facultad del poder legislativo provincial. Agregó que esa atribución fue ejercida dentro del marco

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

discrecional fijado por esa Constitución, que no consagra ningún condicionamiento en relación con la delimitación territorial de los municipios, sino que únicamente requiere la existencia de un centro de población de quinientos habitantes.

Además, juzgó que la citada ley no atenta contra el artículo 204 de la Constitución provincial — actual artículo 273— ni contra el artículo 53, incorporado con posterioridad y similar al artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional. Por un lado, adujo que la estructura municipal no es incompatible con el debido respeto de la vida de la comunidad mapuche y con el resguardo de sus derechos constitucionales específicos, sino que, por el contrario, es la más apta para lograr el encuentro y la coexistencia de la diversidad pluricultural. Aseveró que la libre determinación de los pueblos mapuches y sus derechos específicos deben operar en el ámbito de los Estados nacional y provincial, sin menoscabar su autonomía y soberanía. Por otro lado, manifestó que, en todo caso, el ejercicio concreto de las atribuciones municipales podría entrar en colisión con los derechos de las comunidades, asunto que remite a un examen particular y concreto que rebasa los límites de la demanda entablada.

Sin perjuicio de la postura esgrimida en relación con la competencia del tribunal en la acción autónoma de inconstitucionalidad, afirmó que la relevancia institucional del caso demanda dar una respuesta en relación al derecho de consulta y participación, consagrado en los artículos 6, 7 y 15 del Convenio 169 de la OIT. Luego de destacar la trascendencia de esos derechos, precisó que el derecho a la consulta previa surge sólo ante medidas legislativas que afecten en forma directa a las comunidades indígenas, esto es, disposiciones destinadas específicamente a los pueblos indígenas o que por su contenido material puedan afectar a las comunidades en asuntos que les son propios. Entendió que ninguna de esas circunstancias se



ARGENTINA

Caso Comunidad Mapuche No. 1490

Jurisprudencia

S.C.C. 1490, L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

presenta en el caso de la ley 2.439 dado que es una norma de carácter general dictada en el ámbito de las competencias propias del Estado provincial.

Además, afirmó que el Convenio 169 de la OIT contempla el compromiso de los Estados de promover oportunidades de participación para las comunidades indígenas que sean al menos equivalentes a las del resto de la población. Consideró que ello fue cumplimentado a través del llamado a elecciones ordinarias.

-II-

Contra esa decisión, la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 653/671), que fue concedido por el *a quo* (fs. 699/700).

Las recurrentes alegan que la negativa del tribunal a interpretar y aplicar el derecho federal es violatoria del principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 31 de la Constitución Nacional.

En lo sustancial, sostienen que la Provincia de Neuquén estaba obligada a realizar una consulta previa a la creación del Municipio de Villa Pehuenia para asegurar el derecho a la consulta y participación en los términos del artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT. Señalan que la imposición de un órgano municipal sobre el territorio de tres comunidades indígenas, de manera inconsulta, desconoce la forma de vida cultural de estos grupos, sus instituciones y su autonomía y constituye un mecanismo de erosión cultural. Resaltan que la sentencia reconoce un único modelo de representación y participación política que implica una ciudadanía homogénea y excluye del concepto de gestión pública a la institucionalidad comunitaria indígena. Agregan que la articulación entre la institucionalidad indígena y la estatal no puede resolverse mediante la imposición

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

unilateral e inconsulta de una de ellas, tal como — a su juicio— lo hizo la provincia demandada. Agregan que ello contradice la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Se agravan, asimismo, en relación con la interpretación del tribunal *a quo* respecto de los supuestos que, según el Convenio 169 de la OIT, constituirían una afectación directa a los pueblos indígenas y habilitarían un proceso de consulta porque, a su juicio, reducen ese derecho a la voluntad legislativa o administrativa. Expresan que lo determinante para que surja el deber de consulta y participación es que las medidas administrativas o legislativas puedan alterar la integridad, identidad social y cultural, costumbres, tradiciones o instituciones de los pueblos indígenas, lo que — entienden— acontece en el caso.

Finalmente, manifiestan que el propio tribunal reconoce que el ejercicio de las atribuciones del municipio podría afectar los derechos de las comunidades y que ese estándar de afectación es, precisamente, el exigido por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

-III-

El recurso extraordinario es formalmente admisible pues los impugnantes cuestionan la constitucionalidad de normas locales — ley 2.439 y decreto PEP 2/04— bajo la pretensión de ser contrarias al derecho a la consulta y participación de las comunidades indígenas reconocidos en la Constitución Nacional (art. 75, incs. 17 y 22) y en instrumentos internacionales (arts. 6 y 7, Convenio 169 de la OIT; y art. 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos), y la decisión fue a favor de la validez de las disposiciones normativas provinciales y, por ende, contraria al derecho federal invocado por el recurrente (art. 14, incs. 2 y 3, ley 48).



ARGENTINA

Caso Comunidad Mapuche No. 1490

Jurisprudencia

S.C. C. 1490, L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén expresó — en sentido contrario a lo dictaminado por esta Procuración General en el caso “Confederación Indígena de Neuquén c/ Provincia de Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”, S.C. C. 3262, L. XLII, dictamen del 29 de agosto de 2007, y a lo resuelto por la Corte Suprema en los autos citados— que en el marco de la acción autónoma de inconstitucionalidad local se hallaba impedido de analizar las violaciones fundadas en el derecho federal. Sin embargo, finalmente se expidió sobre el derecho de consulta y participación consagrado en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales en razón de la trascendencia institucional del caso (fs. 631/37). Por ello, estimo que la Corte Suprema está en condiciones de pronunciarse sobre la cuestión federal planteada en tanto ha sido tratada por el superior tribunal de la causa.

-IV-

En el presente caso no se encuentra controvertido que las comunidades mapuches Catalán, Puel y Plácido Puel viven en el territorio que ha quedado comprendido dentro de los límites políticos del Municipio de Villa Pehuenia según los términos de la ley provincial 2.439. Tampoco está en tela de juicio que la Provincia de Neuquén tiene facultades constitucionales para crear municipios.

El aspecto central en debate consiste en determinar si el Estado provincial al declarar, mediante la ley 2.439, a la población de Villa Pehuenia como municipio de tercera categoría vulneró los derechos a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, tal como están consagrados en los artículos 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional, 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- 5 -

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

-V-

En oportunidad de dictaminar en la causa "Andrada de Quispe, Rosario Ladiez y otros c/ Estado provincial s/ acción de amparo" (S.C. A. 759, L. XLVII, dictamen del 27 de septiembre de 2013), me referí a la incorporación en el ordenamiento jurídico argentino del artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional y de diversos instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Esta reforma expresa un nuevo orden de consideraciones. Deja atrás aproximaciones asimilacionistas e integracionistas hacia los pueblos indígenas y tribales y asienta, en su lugar, un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Reconoce las secuelas de una historia de dominación cultural y plantea el reto de pasar de un modelo de Estado monocultural a otro de Estado intercultural y plural. Entiende, asimismo, a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos titulares de una protección especial y ordena la adopción de medidas concretas para que estos grupos puedan vivir y legar a las generaciones futuras su propia identidad cultural. Estas nuevas concepciones fueron destacadas durante los debates de la Convención Nacional Constituyente de 1994 (Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Reunión 29, Sesión 3º, 11 de agosto de 1994, págs. 4091, 4094 y 4096).

Con esos fines, la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales consagran los derechos colectivos de los pueblos indígenas a ser consultados y a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones que afecten sus intereses. Estas prerrogativas han sido calificadas como la piedra angular del

-6-



ARGENTINA

Caso Comunidad Mapuche No. 1490

Jurisprudencia

S.C. C. 1490, L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

Convenio 169 de la OIT en tanto son instrumentos esenciales para asegurar que las comunidades indígenas gocen, en pie de igualdad con los restantes miembros de la población, la totalidad de sus derechos reconocidos en ese Convenio y en los restantes instrumentos internacionales, así como en las normas de derecho interno.

En particular, la Constitución Nacional prescribe que corresponde asegurar el respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas y su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten (art. 75, inc. 17).

Por su lado, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT contempla dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas. En primer lugar, los gobiernos deben “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (inc. *a*) y, en segundo lugar, deben “establecer los medios adecuados a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que le conciernan” (inc. *b*).

En igual sentido, el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas puntualiza que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados “antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo o informado”. Además, ese instrumento dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos (art. 18), así como a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas (art. 20).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador” manifestó que “[l]a obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos [...]” (sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 166).

-VI-

En el presente caso, respecto del derecho a la consulta, la cuestión central radica en determinar si la sanción de la ley 2.439, mediante la cual se declaró a la población de Villa Pehuenia como municipio de tercera categoría, es susceptible de afectar directamente a las poblaciones indígenas, en tanto ése es el presupuesto que genera el deber de consultar previsto en el artículo 6, inciso *a*, del Convenio 169 de la OIT. De conformidad con la naturaleza preventiva del derecho, esta norma exige sólo la posibilidad — no la certeza— de que sean alterados los derechos, intereses o la forma de vida de las comunidades indígenas.

A mi entender, contrariamente a lo que sostuvo el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, la creación de un municipio es susceptible de



ARGENTINA

Caso Comunidad Mapuche No. 1490

Jurisprudencia

S.C.C. 1490, L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

afectar, en forma concreta y directa, a las comunidades mapuches en relación con la adecuada protección de su tierra y territorio, y con sus derechos políticos a participar en el diseño de las instituciones políticas locales y a decidir en forma autónoma sobre aspectos indispensables que hacen a la preservación de la vida indígena.

Por un lado, la creación de un municipio requiere establecer los límites geográficos del ejido local y ello puede impactar en los intereses de los pueblos indígenas. En otras palabras, la demarcación es susceptible de afectar la integridad, valor, uso o goce de sus territorios, colocándolos, por ejemplo, bajo jurisdicciones municipales diversas. Es decir, el interés de las comunidades en este caso se funda en la adecuada conservación de la tierra y el territorio que tradicionalmente ocupan (art. 75, inc. 17, Constitución Nacional y arts. 14 y 15 del Convenio 169 de la OIT).

Por otro lado, la creación de un municipio supone adoptar un modelo de organización del poder constitucional y atribuir potestades a una autoridad local, lo que repercute en los derechos políticos de las comunidades, que son herramientas indispensables para la protección de sus intereses económicos, culturales y sociales.

La Constitución de la Provincia de Neuquén prevé que los municipios de tercera categoría son gobernados por comisiones municipales que se componen de cinco miembros, elegidos en elecciones directas, y son administradas por un presidente (art. 278). En la demanda y en el recurso bajo estudio, las actoras destacan que en el seno del pueblo mapuche las decisiones son tomadas a través de mecanismos e instituciones propias tales como los parlamentos comunitarios y los lonkos, que representan la autoridad moral e histórica de las comunidades. En estas condiciones, la creación de un municipio implica adoptar una estructura y un modelo de organización del poder que es ajeno a la cosmovisión y a las instituciones políticas de las comunidades indígenas. Así, la ley 2.439, que en principio es una norma de

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

carácter general, tiene un impacto diferencial para los pueblos indígenas en comparación con el resto de la población. Ello demanda abrir una instancia de diálogo sobre el modo de organización del poder constitucional a nivel local.

En rigor, el modelo de institucionalidad política del Estado ha sido históricamente construido y definido a través del sometimiento de diversas culturas a los valores y concepciones de una cultura hegemónica. El paradigma de protección de la diversidad cultural, al que hice referencia en el acápite anterior, cuestiona el ideal de una ciudadanía homogénea y, por lo tanto, asimilacionista con los pueblos indígenas. Advierte, por el contrario, que se debe lograr el efectivo reconocimiento de la diferencia y un diálogo abierto que permita discutir sobre los espacios y mecanismos de interacción entre la forma de vida indígena y la no indígena.

Así, el derecho a la consulta es, en este caso, una de las herramientas para que las comunidades indígenas gocen, de manera efectiva, del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, que está previsto en la Constitución Nacional (arts. 1 y 37) y en los instrumentos internacionales (art. 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 21, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 20, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Asimismo, la sanción de la ley 2.439 implica asignar al gobierno municipal una suma de atribuciones, cuyo ejercicio, como lo entendió el tribunal *a quo*, podría dar lugar en el futuro al deber de consultar a las comunidades. Sin embargo, la mera atribución de funciones y facultades, sin consultar a las comunidades indígenas, es susceptible de afectar su espacio de autodeterminación que es necesario para la preservación de la forma de vida indígena.



ARGENTINA

Caso Comunidad Mapuche No. 1490

Jurisprudencia

S.C.C. 1490, L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

Más concretamente, la Constitución provincial asigna a los municipios todos los poderes para regular, fiscalizar y sancionar los asuntos de orden local (art. 270 y ss.). Además, el artículo 273 especifica que son atribuciones de la autoridad local: la organización de su funcionamiento económico, administrativo y electoral; la adopción de un plan edilicio y el dictado de normas tendientes a la seguridad y estética de las construcciones; la apertura, construcción y mantenimiento de calles, plazas, parques y paseos; la regulación en materia de servicios públicos locales, tránsito y vialidad, matanza de animales, mercados, ferias populares, higiene, cementerios, salud pública, moralidad y costumbres, recreos, espectáculos públicos, estética, y, en general, todas las cuestiones de fomento o interés local. Asimismo, están facultados para establecer impuestos y tasas, contratar servicios públicos y otorgar concesiones a particulares, crear tribunales de faltas y policía municipal, y fijar sanciones.

Algunas de estas atribuciones eran ejercidas por las comunidades mapuches de acuerdo con sus criterios e institucionalidad. En tal sentido, las actoras resaltan que las cuestiones relativas al hábitat, la construcción de las viviendas, los lugares de asentamiento familiar, los caminos, los cementerios sagrados y los sitios espirituales, entre otras (fs. 31, 32 y 655), eran decididas en el interior del pueblo mapuche. En particular, la matanza de animales, que constituye una práctica tradicional fundamental para la economía familiar (fs. 655), era regulada por la propia comunidad. Para más, la nueva autoridad está investida de un poder sancionador que puede poner en riesgo las prácticas tradicionales si no se adecuan a las reglas sociales y de moralidad que viene a imponer, ahora, el municipio.

De este modo, la sola concesión de esas facultades a una autoridad municipal, sin cumplir con el deber de consultar a las comunidades indígenas, puede

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

implicar un menoscabo de su derecho a la autodeterminación, así como a mantener y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, y a decidir y controlar sus prioridades de desarrollo económico, social y cultural (arts. 7 y 8, Convenio 169 de la OIT, y arts. 3, 4 y 5, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). En este sentido, la ley 2.439 incide directamente en los derechos e intereses colectivos de los indígenas que son tutelados específicamente por el Convenio 169 de la OIT.

En conclusión, la creación del municipio de Villa Pehuenia demandaba oír a las comunidades a fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista y, en definitiva, evitar que se menoscabe su identidad cultural.

-VII-

Por su parte, como se expresó, el derecho de participación de los pueblos indígenas se traduce en una obligación positiva para los Estados, que deben “establecer los medios” para que los pueblos y comunidades puedan participar, “por lo menos en la misma medida que los demás”, en instituciones electivas y organismos administrativos o de otra índole (art. 6, inc. *b*, Convenio 169 de la OIT). Conjuntamente, el artículo 18 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas estipula que “los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”.

En el caso, el derecho a la participación se ve afectado no sólo por la falta de consulta previa a la sanción de la ley 2.439 sino también porque la regulación de la Municipalidad de Villa Pehuenia no prevé un mecanismo que asegure la



ARGENTINA

Caso Comunidad Mapuche No. 1490

Jurisprudencia

S.C.C. 1490, L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

participación permanente de las comunidades indígenas en el gobierno municipal, aun cuando se trata de una jurisdicción con gran presencia de comunidades mapuches.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén sostuvo que ese derecho estaba resguardado por la posibilidad de los miembros de las comunidades mapuches de formar parte del proceso de elección de autoridades. Sin embargo, ello no satisface el derecho a la participación especial y diferenciada acogido por el artículo 6, inciso *b*, del Convenio 169 de la OIT, y por el artículo 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional. Ese derecho tiene como fin revertir la situación de desigualdad en la que se encuentran los pueblos indígenas e impedir que la identidad indígena se diluya en concepciones asimilacionistas e integracionistas, que han sido dejadas de lado por las normas federales. Dicho de otro modo, su intervención en las elecciones no garantiza la participación colectiva indígena en las estructuras de poder público. Por el contrario, las citadas normas demandan la presencia de las comunidades para que puedan hacer oír su voz e incidir, en forma efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen. No puede obviarse que el logro de la igualdad social y económica de los grupos en situación de vulnerabilidad está estrechamente asociado con el incremento de la igualdad a nivel de la participación política.

Al respecto, en un caso referido a los derechos de la participación política de los pueblos indígenas, la Corte Interamericana, al interpretar el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, destacó que para que dichos derechos puedan ser ejercidos en condiciones de igualdad se debe tener en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se hallan estos grupos y diseñar mecanismos específicos de participación. En tal sentido, expresó que las comunidades indígenas “se diferencian de la mayoría de la población [...] por sus lenguas, costumbres,

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

formas de organización y enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad [...] [y que] según lo dispuesto por el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana 'promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia', para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas" (Corte IDH, Caso "Yatama c. Nicaragua", sentencia del 23 de junio de 2005, párrs. 202 y 207). Destacó que "la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos políticos [...] es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa" (párr. 217).

En relación al Estado argentino, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado su preocupación porque los pueblos indígenas se encuentran entre los grupos más pobres y marginalizados, por su baja participación en la vida política y su escasa representación en el Parlamento. En consecuencia, le ha recomendado que "continúe profundizando su debate interno para encontrar la mejor forma de lograr una adecuada representación y participación indígena, en particular en los asuntos que les atañen [...] [y] recomienda que el Estado parte redoble sus esfuerzos para asegurar la plena participación de los indígenas, en especial de la mujer, en los asuntos públicos, y que tome medidas efectivas para asegurar que todos los pueblos indígenas participen en todos los niveles de la administración pública" (CERD, Observaciones finales. Argentina, CERD/C/ARG/CO/19-20 (2010), párrs. 23, 28 y 29).

En definitiva, el Estado argentino ha asumido el compromiso internacional de adoptar medidas concretas para que las comunidades indígenas



ARGENTINA

Caso Comunidad Mapuche No. 1490

Jurisprudencia

S.C.C. 1490, L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

participen en los asuntos públicos. En una zona como la de Villa Pehuenia, en la que viven grupos con una cultura diferenciada, existe un deber de las autoridades estatales de desarrollar mecanismos especiales de participación política para asegurar que las comunidades puedan tomar parte de la vida pública en pie de igualdad con el resto de la sociedad y, en especial, intervenir activamente en la definición de políticas que involucren sus intereses.

-VIII-

Por las razones expuestas, entiendo que la sanción de la ley 2.439 y, en consecuencia, el dictado del decreto PEP 2/04 vulneraron el derecho a la consulta y a la participación de las comunidades indígenas.

Ahora bien, no puedo dejar de advertir que la declaración de inconstitucionalidad de esas normas en el marco de la acción concreta entablada — art. 30 de la Constitución de la Provincia de Neuquén— implicaría declarar la invalidez, en forma retroactiva, de la creación misma del Municipio de Villa Pehuenia y de las autoridades electivas. Cabe resaltar, asimismo, que ese municipio viene funcionando desde hace más de diez años y desde entonces sus autoridades celebraron actos jurídicos que generaron derechos y obligaciones de la más diversa índole, que en gran parte se encuentran firmes. Estas graves y complejas consecuencias institucionales para toda la población deben tomarse en cuenta en la resolución de este caso.

En este contexto, cabe recordar que el Máximo Tribunal interpretó que determinadas situaciones que eran contrarias a la Constitución Nacional debían ser resueltas mediante el reenvío a otros poderes del Estado para su adecuación (Fallos: 329:3089, 331:2691). En algunos supuestos, inclusive, por considerar que las soluciones requeridas eran del resorte de otros poderes, que la problemática planteada

-15-

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

era de una delicadeza, gravedad y complejidad extrema o que la decisión podía acarrear graves consecuencias para la salud institucional, ha ordenado su subsanación y adecuación en vez de declarar la invalidez de la normativa impugnada (Fallos: 330:2361, 331:2691).

Por todo ello, es necesario encontrar una solución que armonice las facultades provinciales de organización del régimen municipal con la delicadeza de los bienes culturales indígenas en juego (Fallos: 331:2119), que deben ser protegidos de manera imperativa.

En estas circunstancias, corresponde, en primer lugar, condenar a la Provincia de Neuquén a que, en el plazo de sesenta días, lleve a cabo la consulta que fuera omitida a fin de que la articulación entre la creación del Municipio de Villa Pehuenia y la forma de vida indígena sea realizada a través del diálogo y de la búsqueda de acuerdos, tal como lo demandan la Constitución y los instrumentos internacionales.

En segundo lugar, cabe condenar a ese Estado provincial a que, en un plazo razonable, diseñe, en conjunto con las comunidades indígenas, los mecanismos permanentes de participación institucional para que ellas puedan incidir en la determinación de las políticas y decisiones municipales que las involucran y, adecuar, de este modo, la legislación en la materia a la Constitución Nacional y a los tratados mencionados.

Tales procedimientos y mecanismos deben cumplir con los estándares internacionales fijados respecto del derecho de consulta y participación indígena.

Por último, la Corte Suprema deberá establecer un mecanismo de supervisión del cumplimiento de la sentencia, con intervención de esta Procuración General de la Nación.



ARGENTINA

Caso Comunidad Mapuche No. 1490

Jurisprudencia

S.C. C. 1490, L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

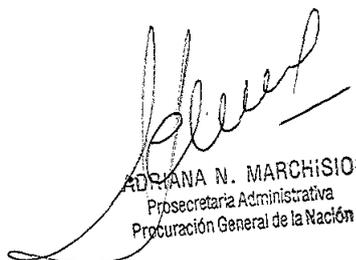
-IX-

En virtud de todo lo expuesto, opino que se debe hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia recurrida en los términos indicados.

Buenos Aires, 8 de septiembre de 2014



ALEJANDRA GILS CARBÓ  
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN



ADRIANA N. MARCHISIO  
Prosecretaria Administrativa  
Procuración General de la Nación

-17-

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 8 de Abril de 2021

Vistos los autos: "Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad".

Considerando:

1°) Que los agravios de la parte recurrente han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación, cuyos fundamentos esta Corte comparte -con excepción del último párrafo del acápite VIII- y a los cuales se remite en razón de brevedad.

2°) Que, sin perjuicio de ello, resulta fundamental reiterar que la declaración de invalidez de las normas impugnadas podría generar graves y complejas consecuencias institucionales.

3°) Que, dado que esta Corte tiene el deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar este tipo de situaciones, corresponde establecer pautas claras y concretas acerca de la manera en que los efectos de su pronunciamiento operarán en el tiempo. Para satisfacer este objetivo, deviene imprescindible admitir la validez de la creación del Municipio de Villa Pehuenia y de todos los actos jurídicos que celebraron sus autoridades y que generaron derechos y obligaciones de la más diversa índole, así como de los actos que continúen celebrando hasta tanto la provincia adecúe las normas impugnadas a la Constitución y a los

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490**

Jurisprudencia

instrumentos internacionales que garantizan los especiales derechos de participación de los pueblos indígenas.

Por ello, y conforme con lo dictaminado, corresponde:

1. Declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda en los términos precedentes (art. 16 de la ley 48).

2. Admitir la validez de la creación del Municipio de Villa Pehuena y de todos los actos jurídicos que celebraron sus autoridades y que generaron derechos y obligaciones de la más diversa índole, así como de los actos que continúen celebrando hasta tanto la provincia adecúe las normas impugnadas a la Constitución y a los instrumentos internacionales que garantizan los especiales derechos de participación de los pueblos indígenas.

3. Condenar a la Provincia del Neuquén a que, en un plazo razonable, y en forma conjunta con las comunidades indígenas, establezca una mesa de diálogo con la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina, para que implementen la consulta que fuera omitida y diseñen mecanismos permanentes de comunicación y consulta para que los pueblos originarios puedan participar en la determinación de las políticas y decisiones municipales que los involucren y, adecuar, de este modo, la legislación en la materia a la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

4. Establecer que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén será el encargado de controlar la ejecución de la sentencia y de recibir los informes con los avances logrados en la Mesa de Diálogo.

Las costas se imponen a la parte demandada (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase.

VO-//-



**ARGENTINA**  
**Caso Comunidad Mapuche No. 1490**  
Jurisprudencia

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:

1°) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén rechazó la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina, con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad de la ley provincial 2439 que creó el municipio de Villa Pehuenia y del decreto del Poder Ejecutivo provincial 2/2004 que convocó a elecciones para conformar la comisión municipal respectiva (fs. 615/638 del expediente 1090/04).

Luego de señalar que la pretensión de la parte actora consistía en que se declarara que la creación del municipio sobre territorio de las comunidades mapuches no había resguardado el derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas y había omitido reconocer su preexistencia étnica y cultural (en contradicción con lo dispuesto en el art. 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales), el tribunal superior de justicia sostuvo que la citada ley 2439 no vulneraba los arts. 203 y 204 -actuales arts. 273 y 289- de la constitución local, ni el art. 53 de dicho cuerpo legal, argumentando: *i)* que la organización de un municipio era una facultad del poder legislativo

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

provincial; ii) que había sido ejercida dentro del marco discrecional allí dispuesto que, por otra parte, no consagraba ningún condicionamiento en relación con la delimitación territorial sino que únicamente requería la existencia de un centro de población de 500 habitantes; y iii) que la estructura municipal no era incompatible con el debido respeto de la vida de la comunidad mapuche ni con el resguardo de sus derechos constitucionales específicos, sino que -por el contrario- era la más apta para lograr el encuentro y la coexistencia de la diversidad pluricultural.

El máximo tribunal de justicia provincial aseveró que la libre determinación de los pueblos mapuches y sus derechos específicos debían operar en el ámbito de los Estados nacional y provincial, sin menoscabar su autonomía y soberanía y manifestó que, en todo caso, el ejercicio concreto de las atribuciones gubernamentales derivado del municipio creado podría entrar en colisión con los derechos de las comunidades, cuestión que excedía los límites de la demanda.

El tribunal en cita se expidió asimismo sobre el derecho a la consulta y a la participación, consagrados en los arts. 6°, 7° y 15 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Sin perjuicio de destacar la trascendencia de dichas prerrogativas, precisó que el derecho a la consulta previa surgía solo ante medidas legislativas que incidieran en forma directa sobre las comunidades indígenas, esto es, aquellas disposiciones destinadas específicamente a esos pueblos o que



**ARGENTINA**  
**Caso Comunidad Mapuche No. 1490**  
Jurisprudencia

por su contenido material pudieran afectarlos en asuntos que le eran propios, circunstancias que no se presentaban en el caso de la ley 2439 por tratarse de una norma de carácter general dictada en el ámbito de las competencias propias del Estado provincial. Por último, destacó que el citado convenio contemplaba el compromiso de los Estados de promover oportunidades de participación para las comunidades indígenas que fueran al menos equivalentes a las del resto de la población, lo que en el caso había sido cumplimentado mediante el llamado a elecciones ordinarias.

Contra dicha decisión la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina interpusieron recurso extraordinario federal, que fue concedido (fs. 653/671, 699/700 del citado expediente).

2°) Que el remedio federal es formalmente admisible, pues los impugnantes cuestionan la constitucionalidad de normas locales bajo la pretensión de ser contrarias al derecho a la consulta y a la participación de las comunidades indígenas reconocidos en la Constitución Nacional (art. 75, incisos 17 y 22) y en instrumentos internacionales (art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y la decisión apelada fue a favor de la validez de las disposiciones locales y, por ende, contraria al derecho federal invocado (art. 14, incisos 2 y 3, de la ley 48).

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

No obsta al examen de las cuestiones federales planteadas, la circunstancia de que el tribunal superior de justicia hubiera expresado la imposibilidad de resolver sobre dichos planteos en el marco de una acción de inconstitucionalidad como la intentada pues, finalmente, se expidió al respecto, lo que habilita a este Tribunal a pronunciarse sobre el punto.

3°) Que a fin de precisar el nudo del conflicto, corresponde destacar que no se encuentra controvertido en el caso que: *i)* la Provincia del Neuquén tiene facultades constitucionales para crear municipios (art. 270 de la constitución local); y *ii)* las comunidades mapuches Catalán, Puel y Plácido Puel viven en el territorio que ha quedado comprendido dentro de los límites del municipio de Villa Pehuenia, creado por la ley provincial 2439.

La cuestión a dilucidar consiste entonces en determinar si, en el caso de autos, el Estado provincial al ejercer la facultad de crear el municipio ha vulnerado los derechos a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas, consagrados en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales.

4°) Que la reforma de la Constitución Nacional de 1994 reemplazó la antigua cláusula del art. 67, inciso 15, que disponía como obligación del Congreso Nacional la de "conservar el trato pacífico con los indios, y promover a la conversión de

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490**

Jurisprudencia

*ellos al catolicismo*", tratándolos como sujetos ajenos a la vida nacional colectiva y como objetos de dominación cultural, por el actual art. 75, inciso 17, que da cuenta de la adopción de un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Esta disposición, luego de afirmar la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, les garantiza un conjunto de derechos específicos basados en el deber de asegurar "el respeto a su identidad cultural", entre los que destaca como instrumento para hacerlos efectivos el derecho a la participación en la gestión referida a los recursos naturales y otros intereses que los afecten. Por su parte, la constitución de la Provincia del Neuquén contiene en su art. 53 una norma similar al citado art. 75, inciso 17 de la Constitución Nacional.

Esta prerrogativa importa "oír la voz de los pueblos indígenas" con el fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista en determinados asuntos y prevenir posibles lesiones a su identidad cultural cuando se adopten medidas que puedan afectar su forma de vida o sus costumbres tradicionales. Esta participación debe permitir que los pueblos indígenas expresen sus inquietudes, propuestas y apreciaciones en una etapa oportuna por medio de procedimientos apropiados para resguardar sus derechos e intereses.

5°) Que a la luz de dichas premisas, y recordando que no está en discusión la facultad constitucional de la provincia prevista en el art. 270, se advierte que en el caso -tal como ha sido destacado por la señora Procuradora General de la Nación-

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

la entidad y la repercusión de la creación del municipio de Villa Pehuenia exigía que la provincia hubiese requerido la participación de la comunidad indígena involucrada.

Ello así por cuanto la "creación legal" de un municipio no supone un acto por el cual se hace surgir una realidad de la nada; el Poder Legislativo no es un demiurgo que crea los vecinos y las viviendas que habitan, para luego afirmar que esos elementos serán a partir de su voluntad un municipio. Vecinos y viviendas constituyen una realidad preexistente que justifica la decisión gubernamental; por ello lo que hace el legislador es un acto de "reconocimiento atributivo": "reconoce" una realidad -en el caso neuquino una cantidad mínima de vecinos- y le "atribuye" un *status* jurídico específico pleno de consecuencias institucionales.

En tal sentido, la conformación de un municipio supone para el actor gubernamental (constituyente o legislador), cuando menos, dos órdenes de decisiones: a) una decisión de carácter *institucional*, por la que se establece el modelo de organización que en el futuro se adoptará, lo que conlleva la determinación de las facultades, derechos y obligaciones que se le reconocerán al gobierno local y a los vecinos; y b) otra decisión de naturaleza *territorial*, por la que se delimita el ámbito espacial de vigencia del nuevo ordenamiento dentro del que habrán de desarrollarse las relaciones vecinales y la prestación de los servicios públicos locales.



ARGENTINA

Caso Comunidad Mapuche No. 1490

Jurisprudencia

Resulta evidente que ambos aspectos (el de la nueva organización política y el de la demarcación territorial) no resultan ajenos a los pueblos y comunidades indígenas que se encuentren comprendidos; por el contrario, la "creación" municipal realizada con abstracción de la existencia de dichos pueblos (y de sus derechos) no constituye una aplicación razonada de la normativa constitucional que expresamente reconoce la obligación del Estado -nacional y provincial- de asegurar su participación en la gestión de aquellos asuntos que puedan afectarlos (art. 75, inciso 17, anteúltimo párrafo, de la Ley Fundamental).

6°) Que, en efecto, la *adopción de un determinado modelo institucional* (comprendivo de la estructura y de las potestades asignadas al órgano competente conforme a los arts. 273 y 278 de la Constitución local) puede proyectar efectos sustantivos en la organización ancestral de los pueblos originarios. No es posible subestimar la circunstancia, señalada por las actoras, en punto a que en el seno de la población mapuche las decisiones son tomadas mediante mecanismos e instituciones propias, como son los parlamentos comunitarios y los *lonkos* que representan la autoridad moral e histórica de las comunidades. Asimismo, *la determinación de los límites geográficos* también puede impactar en los intereses de la población concernida en la medida en que se vean afectados la integridad o el uso y/o goce de dichos territorios.

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

No se trata de crear un Estado dentro de otro Estado, pues está claro que en nuestro país las diversas etnias, culturas y nacionalidades que habitan el suelo argentino se congregan, a los fines institucionales y con sus matices, bajo el mismo techo constitucional. De lo que se trata es de hacer viable la máxima vigencia posible de los derechos diferenciales reconocidos, y no de minimizarlos considerándolos implícitos dentro de las prerrogativas comunes al resto de la población.

7°) Que en tales condiciones, las circunstancias particulares del caso ponen de manifiesto que, al sancionar la ley 2439, el Estado provincial no ha respetado el derecho constitucional a la participación.

No solo no ha 'oído' a los pueblos y comunidades alcanzadas por dicha normativa, con carácter previo a su sanción, sino que tampoco ha contemplado la creación de mecanismos apropiados y adecuados que aseguren una participación permanente de aquellos en el diagrama del gobierno municipal creado, de modo que puedan intervenir, de manera efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas - debido a su idiosincrasia que los diferencia de la mayoría de la población- exige que el Estado diseñe, promueva y fomente diversas formas de participación que permitan a dichos sectores de la sociedad entender en los asuntos públicos que involucren sus intereses.



**ARGENTINA**  
**Caso Comunidad Mapuche No. 1490**  
Jurisprudencia

En esa inteligencia, la circunstancia destacada por el tribunal superior de justicia vinculada con el llamado a elecciones ordinarias como forma de cumplimentar con la participación constitucionalmente reconocida, y judicialmente reclamada, no parece atendible. La "participación" de los pueblos y comunidades indígenas no puede ser entendida con un alcance limitado al proceso de elección de autoridades; debe asegurar una interacción adecuada, armoniosa y razonable entre la forma de vida indígena y la no indígena en la gestión gubernamental, haciendo realidad el modelo de Estado multicultural y plural que ha adoptado nuestro país.

8°) Que aun cuando el desarrollo precedente lleva a admitir la pretensión de las recurrentes y, con ello, a declarar la inconstitucionalidad de la ley 2439 y del decreto 2/2004, este Tribunal no puede desconocer las consecuencias institucionales que, ineludiblemente, se derivarían de dicha decisión. En efecto, a la hora de juzgar acerca de la solución que corresponde adoptar en el caso concreto, no cabe perder de vista que el municipio creado por la referida ley se encuentra funcionando desde hace varios años.

En tales condiciones, corresponde que este Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar que los efectos de su pronunciamiento puedan acarrear graves consecuencias institucionales -incluso mayores que las que se intentan remediar- en perjuicio de toda la población, mantenga la

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

creación del municipio de Villa Pehuenia, así como los actos jurídicos que se celebraron y que pudieron generar derechos y obligaciones de la más diversa índole (conf. doctrina Fallos: 330:2361; 331:2691).

Sin perjuicio de ello, con el fin de impedir que, de aquí en adelante, pueda presentarse un escenario análogo, corresponde establecer pautas concretas tendientes a que las medidas adoptadas se adecuen a las disposiciones previstas en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales vigentes en la materia, de modo de armonizar las facultades provinciales de organización del régimen municipal con la protección constitucional de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas (art. 75, incisos 17 y 22, de la Constitución Nacional; art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 203 de la Constitución de Neuquén).

En este particular contexto, la solución que se propone se presenta como aquella que, en un marco multicultural y diverso, permite encauzar la situación institucional vigente con la protección constitucional que requieren los pueblos y comunidades indígenas involucrados.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora General de la Nación, se resuelve:

I.- Declarar procedente el recurso extraordinario, revocar -con el alcance indicado- la sentencia apelada, y hacer lugar a



**ARGENTINA**  
**Caso Comunidad Mapuche No. 1490**  
Jurisprudencia

la demanda en los términos del presente fallo (art. 16 de la ley 48).

II.- Disponer que, en el marco del principio de “colaboración sin interferencia” que debe guiar la relación entre el Estado Nacional y los estados provinciales, la Provincia del Neuquén, en el plazo de 60 días, convoque y concrete una mesa de diálogo con la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina para oírlos y diseñar en forma conjunta con la Municipalidad de Villa Pehuenia mecanismos permanentes de participación institucional y comunicación, de modo que las comunidades originarias puedan intervenir en la determinación de las políticas y decisiones municipales que las involucren y, de esta forma, optimizar la convivencia entre los habitantes del municipio, adecuando -de ser necesario- la legislación en la materia.

III.- Establecer, en función del principio señalado en el ítem precedente, que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén controle la ejecución de la sentencia y reciba los informes con los avances logrados en la mesa de diálogo.

Costas a la demandada (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítase.

DISI-//-

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

-//-DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO  
ROSENKRANTZ

Considerando:

1°) La Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina -en adelante, las actoras- oportunamente iniciaron una acción de inconstitucionalidad contra la Provincia del Neuquén con el propósito de que se declare la inconstitucionalidad de la ley provincial 2439 que dispone la creación del municipio de tercera categoría denominado "Villa Pehuena" y del decreto PEP 2/2004 que llama a elecciones para la conformación de la comisión municipal de dicho municipio. Argumentaron que no se respetó ni su derecho a ser consultadas con carácter previo a la sanción de dicha ley ni tampoco su derecho de participación. Alegaron la violación de los arts. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ambos tratados incluidos en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) y los arts. 2.1, 4.1, 5 a), 5 b), 6, 7.1, 8.1, 8.2, 13.1, 14.1 y 15.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, "Convenio 169 de la OIT"), 203 de la Constitución Provincial y 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

2°) El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén rechazó la acción de inconstitucionalidad deducida en instancia originaria por las actoras (fs. 615/638). Sostuvo



**ARGENTINA**  
**Caso Comunidad Mapuche No. 1490**  
Jurisprudencia

que la ley de municipalización de Villa Pehuenia no era contraria a la constitución de la provincia (cfr. apartados IX y X). Negó que la creación del municipio de Villa Pehuenia hubiera alterado o vulnerado la identidad del pueblo mapuche. Afirmó que, si bien el Estado provincial debe respetar el ejercicio de la libre determinación de los pueblos mapuches, posibilitar la práctica de la autonomía diferenciada, respetar su identidad, su cultura, sus formas de organización social y sus capacidades para determinar sus propios desarrollos, debe hacerlo sin menoscabo de la autonomía provincial y la soberanía nacional.

Señaló, además, que la ley provincial 2439 no absorbía facultades privativas de las comunidades indígenas - como inexactamente lo había postulado la demanda- puesto que, aun con anterioridad a su sanción, las facultades del poder administrador en el ejido de Villa Pehuenia definido desde 1996 eran desempeñadas por una comisión de fomento. Adujo que la aplicación concreta de las atribuciones municipales podía eventualmente entrar en colisión con los derechos de las comunidades indígenas pero dicha cuestión remitía a un examen particular y concreto que rebasaba los límites de la acción de inconstitucionalidad intentada.

Respecto a las alegadas violaciones de la Constitución Nacional y del Convenio 169 de la OIT, el tribunal provincial aclaró que la acción de inconstitucionalidad provincial establece un control de constitucionalidad concentrado y de efectos derogatorios y que, por lo tanto, no es

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

un procedimiento apto para el ejercicio del control de constitucionalidad federal. No obstante ello, entendió que correspondía examinar las posibles violaciones al orden federal dada la importancia institucional del caso (cfr. apartados VIII y XI, primer párrafo).

Analizó, entonces, si la ley 2439, al reconocer categoría de municipio a Villa Pehuenia, había desconocido algún derecho de las comunidades indígenas, específicamente, el derecho estipulado en el artículo 6.1.a del Convenio 169 de la OIT. La respuesta fue negativa. Destacó, al respecto, que el Convenio OIT no establece que debe consultarse a dichas comunidades frente a toda ley que sea susceptible de afectarlas sino únicamente cuando las leyes en cuestión las afectan o puedan afectarlas directamente. Según el tribunal *a quo*, el derecho de las comunidades a ser consultadas solo emerge cuando se está ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que, de manera directa y específica, regule situaciones que repercuten en las comunidades indígenas o cuando del contenido material de la medida que se pretende sancionar se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios. De acuerdo con el tribunal *a quo*, ninguna de estas circunstancias se presentaba en relación con la ley 2439.

Por otro lado, el tribunal *a quo* afirmó que la decisión de crear el municipio de Villa Pehuenia respondía a una actuación del Estado provincial destinada al cumplimiento de un mandato impuesto por el constituyente provincial que concedió el



**ARGENTINA**  
**Caso Comunidad Mapuche No. 1490**  
Jurisprudencia

carácter de municipio a todo poblado que superase los quinientos habitantes (art. 270, Constitución de Neuquén).

Finalmente, el tribunal *a quo* sostuvo que, en el país, la soberanía reside en el pueblo quien no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes seleccionados mediante el sufragio que constituye la base de la organización del poder del Estado y que el pueblo es único e indivisible, aun cuando converjan en él distintas etnias y culturas. En relación con el derecho a la participación, el tribunal señaló que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados con sus pueblos indígenas se remite a la promoción de oportunidades de participación las que deben ser, al menos, equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población. Afirmó que dicho compromiso se honró al convocarse, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 4° de la ley 2439, a elecciones generales ordinarias para la integración de la primera comisión municipal.

3°) Contra la sentencia del tribunal superior, las actoras interpusieron recurso extraordinario federal que fue concedido por el tribunal *a quo* por existir cuestión federal (fs. 699/700 vta.).

Las recurrentes plantean tres agravios. En primer lugar, sostienen que la negativa del tribunal *a quo* de aplicar el derecho federal para resolver la acción local de inconstitucionalidad resulta violatoria del principio de

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

supremacía federal establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional y que la exclusión del derecho federal es contraria a la Constitución provincial, que incorpora explícita o implícitamente todos los derechos y garantías federales al orden local.

En segundo lugar, las recurrentes alegan que no se ha honrado la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la adopción de medidas legislativas, administrativas o políticas que puedan afectar directamente sus derechos e intereses imponiendo a la comunidad mapuche un modelo político representativo, extraño a la modalidad de dicha comunidad caracterizada por la toma de decisiones mediante asambleas de familias, consultas permanentes y búsqueda de consensos. Aducen que el desconocimiento de la institucionalidad indígena y la imposición de un órgano municipal con competencia en numerosas áreas de decisiones constituyen un mecanismo de "erosión cultural" y una expresión de intolerancia estatal respecto a la propia vida cultural indígena. Sostienen que una organización municipal como Villa Pehuenia, cuando resulta de una imposición inconsulta del Estado, no incorpora en su órbita los derechos, intereses y pautas culturales de las comunidades y se constituye en un obstáculo a la autonomía indígena que la sentencia dice respetar.

Por último, disputan la interpretación que realizara el tribunal a quo según el cual las únicas medidas que

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490**

Jurisprudencia

requerirían un previo proceso de consulta serían aquellas que el Estado orienta directamente a los pueblos indígenas y no a la generalidad de los ciudadanos. Sostienen que la posibilidad de incidencia "directa" sobre los pueblos indígenas resulta de la afectación que las medidas administrativas o legislativas tengan sobre los derechos de éstos al mantenimiento de su integridad, su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones. Agregan que cualesquiera sean las formas de la medida o las intenciones de los órganos estatales y, aun si estos no advirtieran la afectación, se impone un previo proceso de consulta.

4°) A fs. 710/718 obra el dictamen de la señora Procuradora General de la Nación en el que opina que se debe hacer lugar al recurso extraordinario federal y revocar la sentencia apelada. En lo sustancial, entiende que la ley 2439 y el decreto provincial PEP 2/2004 vulneraron el derecho a la consulta y a la participación de las comunidades indígenas. Sostiene que la creación de un municipio es susceptible de afectar, en forma concreta y directa, a las comunidades mapuches en relación con la adecuada protección de su tierra y territorio y con sus derechos políticos a participar en el diseño de las instituciones políticas locales y a decidir de forma autónoma sobre aspectos indispensables que hacen a la preservación de la vida indígena.

Por otro lado, afirma que la creación de un municipio supone adoptar un modelo de organización del poder

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

constitucional y atribuir potestades a una autoridad local, lo que repercute en los derechos políticos de las comunidades. En el caso, eso implica adoptar una estructura y un modelo de organización del poder que es ajeno a la cosmovisión y a las instituciones políticas de las comunidades indígenas. Por ello, sostiene que, si bien la ley 2439, en principio, es una norma de carácter general, tiene un impacto diferencial sobre los pueblos indígenas en comparación con el resto de la población, lo que demanda abrir una instancia de diálogo sobre el modo de organización del poder constitucional a nivel local. En opinión de la señora Procuradora, la sanción de la ley 2439 implica asignar al gobierno municipal una suma de atribuciones cuyo ejercicio, como lo entendió el tribunal a quo, podría dar lugar en el futuro al deber de consultar a las comunidades. Sin embargo, la señora Procuradora sostiene que la mera atribución de funciones y facultades, sin consultar a las comunidades indígenas, es susceptible de afectar el espacio de autodeterminación necesario para la preservación de la forma de vida indígena.

Agrega que, en el caso, el derecho a la participación se ve afectado no solo por la falta de consulta previa a la sanción de la ley 2439 sino también porque la regulación de la Municipalidad de Villa Pehuenia no prevé un mecanismo que asegure la participación permanente de las comunidades indígenas en el gobierno municipal, aun cuando se trata de una jurisdicción con gran presencia de comunidades mapuches.

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490**

Jurisprudencia

5°) El recurso extraordinario es admisible pues las recurrentes cuestionan la constitucionalidad de normas locales - ley 2439 y decreto PEP 2/2004- por ser contrarias al derecho a ser consultadas previamente establecido en el art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT y al derecho a la participación establecido en los arts. 6.1.b y 7.1 del Convenio 169 de la OIT y en el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional y la decisión ha sido a favor de la validez de las normas locales y, por ende, contraria al derecho federal invocado por las recurrentes (art. 14, inciso 2°, de la ley 48).

6°) El procedimiento seguido por ante el tribunal superior de la Provincia del Neuquén, de acuerdo con lo dispuesto por el derecho local, tiene por objetivo el ejercicio del control de constitucionalidad abstracto, concentrado y con efectos derogatorios en caso de que se resuelva la inconstitucionalidad de la ley (cfr. ley provincial 2130). Ahora bien, ni los tribunales de la Nación ni esta Corte Suprema entre ellos cuentan con jurisdicción para dictar fallos en abstracto - sin la presencia de un caso o controversia- y con efecto abrogatorio de las leyes (art. 2° de la ley 27; doctrina de Fallos 12:372; 24:248; 115:163; 139:65; 183:76; 247:325; 313:1010; 315:276; 339:1223; entre otros), diferencia que hace necesario precisar el alcance que tendrá el pronunciamiento de esta Corte.

En esta causa las recurrentes han denunciado, entre otras cosas, que la Provincia del Neuquén, por el mero hecho de

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

sancionar la ley 2439 que creó un municipio de tercera categoría, ha vulnerado de manera concreta el derecho que les asiste a ser consultadas de manera previa (art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT) y el derecho a participar en el funcionamiento del Municipio de Villa Pehuenia (art. 75, inciso 17 de la Constitución y arts. 6.1.b y 7.1 del Convenio 169 de la OIT). De todas las cuestiones consideradas en la sentencia apelada, estos son los únicos puntos respecto de los cuales el proceso sustanciado y la sentencia que le puso fin tienen un efecto concreto y actual sobre los derechos de las recurrentes. Son, por lo tanto, los únicos puntos en relación con los cuales la sentencia apelada es asimilable a una decisión recaída en una causa o caso contencioso.

El resto de las cuestiones tratadas en el fallo del tribunal superior de la provincia se relacionan con la compatibilidad en abstracto de la ley 2439 con disposiciones y principios constitucionales provinciales y nacionales, cuestiones que resultan extrañas a la jurisdicción del Poder Judicial de la Nación y, por consiguiente, también al recurso extraordinario reglado en los arts. 14 a 16 de la ley 48. Es claro que si se produjeran vulneraciones concretas de sus derechos nada impedirá a la parte actora que promueva las respectivas acciones judiciales en busca del remedio que estime más adecuado.

Por último, la estructura del proceso seguido por ante el Tribunal Superior de la Provincia del Neuquén, de

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490**

## Jurisprudencia

acuerdo con la ley local 2130, no incluyó debate alguno entre las partes sobre pretensiones distintas a la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas. Por lo tanto, la sentencia del tribunal provincial y la de esta Corte, al revisar los puntos constitucionales que se acaban de definir, se encuentra limitada a pronunciarse sobre la pretensión declarativa de inconstitucionalidad. Ello es así por las restricciones propias del debido proceso y del derecho de defensa que tales restricciones buscan preservar.

7°) Para resolver este caso, es preciso que el Tribunal determine el alcance de los derechos concedidos a las comunidades indígenas, en especial, los derechos a la consulta previa y a la participación en la adopción de aquellas medidas que las afectan.

Esta determinación debe realizarse teniendo en cuenta que, desde hace varias décadas, nuestro país se comprometió con la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas que todo el arco político consideró necesaria para contrarrestar los siglos de olvido, ostracismo y marginalidad a los que fueron sometidos. Así, entre otras cosas, en 1985 se sancionó la ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, en 1994 se incorporó a la Constitución Nacional el art. 75 inciso 17, y en el año 2000 se ratificó el Convenio 169 de la OIT.

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

No obstante, la decisión debe también dar cabal cumplimiento al hecho de que, en nuestro país, la soberanía reside en el pueblo que es uno solo y constituye el único sujeto colectivo con derecho a la autodeterminación colectiva. Por lo tanto, las comunidades indígenas no pueden pretender derechos políticos que ningún colectivo diferente al pueblo de la Nación y de las provincias tiene ni podría aspirar a tener dado el modo representativo, republicano y federal adoptado por esta Constitución para el gobierno de la Nación.

8°) A los fines de juzgar si el reconocimiento del estatus de municipio a Villa Pehuena vulneró el derecho a la consulta previa de las recurrentes, es imprescindible fijar el alcance de los textos en los que las recurrentes fundan dicho derecho. En este sentido, el art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT establece que "al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán (...) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente".

Surge claro del texto transcrito en el párrafo precedente que el convenio no concede el derecho a la consulta previa en relación con todas las medidas legislativas o administrativas que puedan de cualquier modo impactar a las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas no tienen, por ejemplo, el derecho a ser consultadas previamente frente a



**ARGENTINA**  
**Caso Comunidad Mapuche No. 1490**  
Jurisprudencia

medidas que las afectan porque afectan a todos los argentinos o a todos los neuquinos o a todos los habitantes de Villa Pehuenia. Como quedó dicho precedentemente, el art. 6.1.a del Convenio 169 de la OIT califica el derecho a la consulta que concede mediante la expresión "susceptible de afectarles directamente".

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 31.4 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, todo tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos. Ahora bien, según la Real Academia Española, entre las acepciones del adjetivo "susceptible" se encuentra la de ser "capaz de". Por su parte, dentro de las acepciones del verbo "afectar", el Diccionario de la Real Academia incluye la de "menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente" y, por último, el adverbio "directamente" quiere decir "de modo directo". Al definir el adjetivo "directo" la Academia incluye varias acepciones pero la única que es aplicable aquí es la siguiente: "que se encamina derechamente a una mira u objeto".

Entonces, de conformidad con el sentido corriente de los términos usados en el art. 6.1.a, la consulta previa a los pueblos indígenas es obligatoria únicamente respecto de las medidas administrativas o legislativas que son capaces de menoscabar o perjudicar derechamente -y no de modo indirecto o remoto- a los derechos de las comunidades indígenas.

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

La exigencia de que, para que sea obligatoria la consulta previa, tiene que tratarse de una afectación a un derecho especialmente reconocido a los pueblos indígenas surge del mismo Convenio 169 de la OIT. En efecto, el Convenio 169 de la OIT no establece una obligación de consulta previa exigible por las comunidades indígenas en todos los casos sino solamente cuando se apliquen "las disposiciones del Convenio". Así lo dispone expresamente el art. 6.1.a del Convenio y se encuentra confirmado por los trabajos preparatorios en los que se indica que lo que se pretendió fue reconocer que "las poblaciones indígenas y tribuales (sic) tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones en los países donde viven y **en lo que atañe a todas las cuestiones cubiertas por el Convenio revisado y que les afecten directamente**" (OIT, observación 2010/81, página 4, el destacado es propio).

Ratifica esta interpretación el hecho de que el Convenio 169 de la OIT específicamente explicitó la necesidad de consultar a los pueblos indígenas solo en el caso de medidas que están dirigidas a las comunidades (arts. 17.2, 22.3 y 28.1) o cuando no estén dirigidas a ellas pero pueden afectarlas directamente en un derecho reconocido en el mismo Convenio (art. 15.2). Es razonable asumir que la regla general que impone el deber de consultar a las comunidades no puede ser contradictoria con la regulación específica de los casos de consulta pues el contexto, que incluye el modo en que un instituto es regulado por el tratado, debe ser siempre tenido en cuenta a los efectos

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490**

Jurisprudencia

de la interpretación de un tratado internacional (art. 31.2 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

De lo anterior surge con claridad que el derecho a la consulta previa solo puede esgrimirse frente a una medida legislativa o administrativa que regule de modo directo a los pueblos indígenas o a sus integrantes o, si se trata de una medida de alcance general, cuando puedan afectar directamente (y no de modo indirecto o remoto) un derecho de los pueblos indígenas reconocido por el Convenio 169 de la OIT.

9°) Ni la ley 2439 ni el decreto PEP 2/2004 -que fijaron el ejido de Villa Pehuenia e importaron la organización del poder a nivel municipal- debieron ser precedidos de una consulta. Las actoras no tienen ese derecho en tanto la creación de un gobierno municipal es una norma general que no menoscaba de un modo directo los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT a las comunidades indígenas.

Tanto la ley 2439 como el decreto PEP 2/2004 son medidas de alcance general que no fueron dirigidas única y exclusivamente a regular a los pueblos indígenas ni a sus integrantes. Además, por las consideraciones que se expresan a continuación, no se ha demostrado que dichas medidas tengan un impacto directo sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por el Convenio 169 de la OIT.

La ley 2439 fijó el ejido de Villa Pehuenia pero no modificó el *status quo* existente hasta ese momento en materia de

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

demarcación territorial pues Villa Pehuena es territorialmente coincidente con los límites fijados en el Anexo 1 del decreto 367/96. Por otro lado, no se ha demostrado que dicha demarcación haya menoscabado de modo directo alguno de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT. En este sentido, no se ha demostrado que la mera atribución de facultades al gobierno municipal incida de modo directo en el pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales que sí fueron reconocidos por el Convenio OIT 169 a las comunidades indígenas. La creación del Municipio de Villa Pehuena no afecta el derecho a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 14); ni el derecho de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras (art. 15); ni el derecho a no ser trasladado de las tierras que ocupan (art. 16); ni el derecho a que se respeten las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos (art. 17); ni el derecho que se adopten medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo (arts. 20 y sgtes.); ni el derecho de disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales que los de los demás ciudadanos (arts. 21 y sgtes.); ni el derecho a que se les extiendan los regímenes de seguridad social progresivamente y sin discriminación (arts. 24 y sgtes.); ni el derecho a que se adopten medidas para garantizar la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490**

Jurisprudencia

pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional (arts. 26 y sptes.); ni ninguno de los otros derechos reconocidos por el Convenio.

El municipio de Villa Pehuenia es una organización del poder vecinal plenamente compatible con el modelo político representativo previsto en la Constitución de la Provincia del Neuquén. En efecto, la Constitución neuquina adopta el sistema republicano, representativo de gobierno (art.1°), declara que Neuquén es una provincia indivisible, laica, democrática y social y que “la soberanía reside en el pueblo, quien no gobierna sino por sus representantes con arreglo a esta Constitución y sin perjuicio de sus derechos de iniciativa, referéndum y revocatoria” (art. 3°).

La creación de un municipio no afecta ningún derecho reconocido a las comunidades indígenas por el Convenio 169 de la OIT ya que éste no les confiere un derecho a la autodeterminación política. Dicho en otros términos, el Convenio 169 no otorga a las comunidades indígenas el derecho a que el poder político general se organice de manera diferente al modo previsto por las normas constitucionales de los Estados en los que habitan. Por lo tanto, no puede sostenerse que las normas cuestionadas por las recurrentes, al establecer para el funcionamiento de Villa Pehuenia un modelo político representativo y no asambleísta, las afectaron directamente.

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

La convicción de que los firmantes del Convenio no buscaban reconocer a los pueblos indígenas el derecho a organizar el poder político de una manera distinta a la prevista en las normas constitucionales de los Estados en los que habitaban también surge claramente de una disposición del mismo Convenio. Así, el art. 1.3 del Convenio 169 de la OIT justamente buscó evitar que se entendiese que la designación del colectivo de los indígenas como "pueblo" en el tratado pudiera sugerir que dicho sujeto colectivo tuviera el derecho a la autodeterminación política. Por eso, se estableció explícitamente que "la utilización del término 'pueblos' en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional". De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo el artículo 1(3) buscaba "evitar cuestionamientos legales internacionales en relación con el concepto de 'pueblos', en particular el derecho a la libre determinación, que se reconoce como un derecho de 'todos los pueblos', según está establecido en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". Más aún, la OIT dejó en claro que en el artículo 1(3) se incluyó "un descargo en relación con el término 'pueblos'" pues "durante la adopción del Convenio 169 en 1989, dado que el mandato de la OIT son los derechos económicos y sociales, se consideró que estaba fuera de la competencia interpretar el concepto político de libre determinación" (Organización Internacional del Trabajo,

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490**

## Jurisprudencia

Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica, Una Guía sobre el Convenio 169 de la OIT, pág. 25).

De la Convención surge, entonces, lo que es determinante para la resolución de esta causa, más precisamente, que el Convenio 169 de la OIT no reconoce a los pueblos indígenas derechos de soberanía o autonomía política.

Los trabajos preparatorios confirman la interpretación a la que se ha arribado. De ellos surgen que "la preocupación de quienes no desean utilizar la palabra 'pueblos' obedece al temor de que dicho término entrañe el reconocimiento de un derecho a cierto grado de autonomía política, inaceptable para muchos Estados". La Oficina estima que "tal implicación puede evitarse si los debates de la Conferencia dejan bien claro que tal término se utiliza para reconocer que estos grupos tienen identidad propia y se consideran a sí mismos como pueblos, pero que las implicaciones del término dentro del contexto nacional de los Estados que ratifiquen el convenio deben fijarse a nivel nacional". Asimismo, en los trabajos preparatorios, se ha dejado constancia que "la oficina no propone que el convenio revisado proporcione una definición completa del término 'pueblos', si bien estima que sería conveniente aclarar que la utilización de esa palabra en el convenio no se debería interpretar en el sentido de que implique el derecho a la autodeterminación política, puesto que esta cuestión no es, evidentemente, de la competencia de la OIT" (Los trabajos preparatorios del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

y Tribales en Países Independientes, Konrad Adenauer Stiftung, Mgr. Marco Antonio Huaco Palomino Lima, 2015, págs. 60 y 64).

10) Por otra parte, la provincia del Neuquén, al sancionar la ley 2439 y el decreto PEP 2/2004 tampoco ha incurrido en una falla convencional en relación con el derecho a la participación de las comunidades indígenas.

El art. 6.1.b del Convenio 169 de la OIT dispone que los Estados deberán "establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan". La Provincia del Neuquén, al sancionar la ley 2439 y el decreto PEP 2/2004, no ha violado esta obligación pues la municipalización de Villa Pehuenia no niega a las comunidades indígenas ningún modo de participación que fuera reconocido al resto de la población. El decreto de convocatoria a elecciones para cubrir los cargos municipales es de carácter general, confiere a toda persona un voto y no contiene exclusión ni discriminación alguna en perjuicio de ningún individuo de ninguna comunidad.

Es verdad que el artículo 7.1 del referido Convenio establece que "los pueblos interesados (...) deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y



**ARGENTINA**  
**Caso Comunidad Mapuche No. 1490**  
Jurisprudencia

programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente" pero nada hay en la ley 2439 que pueda ser interpretado como un obstáculo para que, en el futuro, las comunidades indígenas participen a través de un adecuado sistema de consulta en la adopción por las autoridades provinciales y municipales de políticas y programas que les conciernan directamente.

El Convenio 169 de la OIT no exige que se establezcan mecanismos determinados o específicos, como parecen sugerir las recurrentes, para asegurar la participación de los pueblos indígenas en las políticas y programas que les conciernan. Por el contrario, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, cada Estado podrá determinar la naturaleza y alcance de las medidas que aseguran el derecho a la participación de las comunidades indígenas según las condiciones propias de cada país (cfr. artículo 34, Convenio 169 de la OIT). Por lo tanto, no puede concluirse que la ley 2439 o el decreto PEP 2/2004 vulneraron derecho alguno de las comunidades indígenas. Los trabajos preparatorios, una vez más, refuerzan esta conclusión pues de ellos se desprende que el texto del Convenio buscó "permitir, pero no exigir, medidas tales como la asignación de escaños especiales en el cuerpo legislativo o la reserva de empleos en la administración pública" (Los trabajos preparatorios del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Konrad Adenauer Stiftung, Mgr. Marco Antonio Huaco Palomino Lima, 2015, págs. 144/145).

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

11) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (fs. 655), mencionada por las recurrentes, no es aplicable al caso. Según dicha Declaración, los Estados "celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado" (art.19). Además, la referida declaración reconoce el derecho a la libre determinación (art.3); que importa el derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas (art.4). Por último y en lo que aquí interesa, la mencionada Declaración establece que "los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo" (art.20).

En primer lugar, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (A/RES/61/295) no es fuente de obligaciones para nuestro país por cuanto, como toda resolución de la Asamblea General, se trata de una recomendación que, en principio, no tiene carácter vinculante (cfr. arg. arts. 10 y 13 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas aprobada por decreto/ley



**ARGENTINA**  
**Caso Comunidad Mapuche No. 1490**  
Jurisprudencia

21.195 -ratificado por ley 12838- y ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 24 de septiembre de 1945; Brownlie Ian, "Principles of Public International Law", Clarendon Press, Oxford, cuarta edición, pág. 699; Klabbers Jan, "An Introduction to International Institutional Law", Cambridge University Press, 2002, págs. 206/207) salvo que se demuestre que sus disposiciones han codificado, cristalizado o generado normas de derecho consuetudinario o que reflejan un principio general de derecho (art. 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; Díez de Velasco Manuel, "Instituciones de Derecho Internacional Público", decimoséptima edición, 2009, Editorial Tecnos, págs. 240/241; Corte Internacional de Justicia, Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, ICJ Reports 1996, párrafo 70). Las recurrentes no han alegado -ni menos aún probado- que alguna de las circunstancias antes mencionadas se configure en este caso y, por ello, la mera invocación de dicha declaración no puede servir como fundamento de una decisión legal.

Por otro lado, aun cuando por vía de hipótesis se admitiera su carácter vinculante, las disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas no avalan la posición de las recurrentes. Ello es así pues dicha declaración solo reconoce el derecho a la consulta previa y el derecho a la autonomía y autogobierno en los asuntos internos y locales de las comunidades indígenas pero en modo alguno impone a los estados una restricción a su soberanía ni condiciona su unidad política.

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

En efecto, el art. 46 de la misma Declaración no sólo dispone que “nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que (...) autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes” sino que también establece que el ejercicio de los derechos por ella establecidos se encuentra sujeto a “las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”.

12) Por último, el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional no otorga sustento a los agravios de las recurrentes. Cabe recordar, sintéticamente, que en el recurso extraordinario la parte actora ha sostenido que la municipalización de Villa Pehuenia y la designación de sus autoridades mediante la realización de elecciones constituyen “la imposición de un solo modelo político representativo, extraño a la modalidad asambleística de las comunidades”. Agregó que el “desconocimiento de la propia institucionalidad indígena y la imposición de un órgano municipal con competencia en numerosas áreas de decisiones constituye un mecanismo de ‘erosión cultural’ y una expresión de intolerancia estatal respecto a la propia vida cultural indígena”.

Las recurrentes se quejan por la imposición de un sistema decisorio que, según ellas, avanza hacia el interior de la vida de las comunidades indígenas. Esto es erróneo. La



**ARGENTINA**  
**Caso Comunidad Mapuche No. 1490**  
Jurisprudencia

municipalización de Villa Pehuenia no implica imponer ningún sistema para la toma de decisiones internas de la comunidad indígena. El municipio de Villa Pehuenia, que incluye a toda la población del ejido sea indígena o no, no determina cómo deben decidir sus asuntos las recurrentes. Las regulaciones que Villa Pehuenia podrá en lo sucesivo adoptar son, por decirlo de alguna manera, externas a la comunidad indígena y producto del sistema político republicano y representativo que rige en la Provincia del Neuquén y, más generalmente, en toda la Nación. En síntesis, el municipio de Villa Pehuenia no es una amenaza a la vida interna de las comunidades indígenas y, obviamente, Villa Pehuenia no tiene la obligación de organizarse, siquiera parcialmente, por el sistema "asambleístico" propio de las comunidades. Ello solo sería posible si antes se reformase la Constitución Nacional ya que, de acuerdo con ella, el gobierno nacional, provincial y municipal debe adaptarse a la forma representativa y republicana.

13) El art. 75 inciso 17 de la Constitución dispone con claridad que es obligación del Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. De todos modos, no establece lo que necesitarían las actoras para que su reclamo pudiese prosperar, más precisamente, que los pueblos indígenas tienen, además, superioridad *política* sobre el resto de la Nación. En otros términos, el art. 75 inciso 17 no asigna a los pueblos indígenas derechos políticos por encima de los derechos del resto de los ciudadanos que, por

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

esa razón, impongan al estado provincial la obligación de respetar una manera de tomar decisiones que, como las del sistema asambleístico, es extraña a la forma de gobierno representativa y republicana.

Las manifestaciones realizadas por los constituyentes en la reforma de 1994 ratifican dicha conclusión. En efecto, la Reforma Constitucional reconoció un nuevo paradigma de respeto y protección a la diversidad cultural admitiéndose que "la Nación Argentina es una sociedad multiétnica y pluricultural" pero con la aclaración que era "única, integrada e indivisible" (manifestaciones del señor convencional constituyente Díaz, Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Reunión 29, Sesión 3°, 11 de agosto de 1994, pág. 4083). Asimismo, conscientes de las malas interpretaciones que podría ocasionar el compromiso con el respeto a las comunidades se sostuvo que "no se nos escapa que este tema del reconocimiento de los indígenas como pueblos es objeto de resquemores". Se agregó que "muchos de los convencionales han manifestado incluso su temor de que pudieran reclamar la independencia política del Estado" aclarándose que "el mismo Convenio 169 en el artículo 1, inciso 3, aventa esa posibilidad" y que, por otra parte, "de ninguna manera es el objetivo de los pueblos indígenas que a lo largo de la historia han probado su pertenencia a la Nación Argentina y usado orgullosamente sus símbolos afirmando nuestra soberanía" (manifestaciones de la señora convencional constituyente Rocha de Feldman, Diario de Sesiones de la

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490**

Jurisprudencia

Convención Nacional Constituyente, Reunión 29, Sesión 3°, 11 de agosto de 1994, pág. 4088).

Por lo demás, la creación de Villa Pehuenia no “absorbió” el poder a las comunidades indígenas –como alega la recurrente a fojas 655–, y, por lo tanto, no hubo en modo alguno “usurpación” del poder de otro sino más bien una continuidad con el poder propio que era antes ejercido por una comisión de fomento y después de la municipalización pasó a serlo por el municipio de Villa Pehuenia. En otras palabras, siempre hubo sobre las tierras en las que residen las comunidades mapuches una autoridad estatal organizada de acuerdo a lo establecido en la Constitución Nacional.

14) Por último, ni la municipalización de Villa Pehuenia, ni la convocatoria a elecciones para designar sus autoridades se refiere de ningún modo, directo o indirecto, a los intereses expresamente mencionados en la Constitución en el art. 75 inciso 17 respecto de los cuales las comunidades tienen que tener derecho a participar en su gestión, ni tampoco a otros no mencionados pero que tengan una relación similar con las formas de vida de los pueblos indígenas: no se trata de una medida concerniente a la propiedad de las tierras, ni a su uso, ni a los recursos naturales, ni a cuestiones tales como la educación de los niños, las relaciones familiares, la práctica de sus costumbres alimentarias, constructivas, estéticas, fúnebres y demás creencias de tipo religioso o moral, que hacen a la vida de la comunidad, aspectos a los que se alude de manera

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

general en el recurso extraordinario (cfr. fs. 655). No se afectan la identidad, educación bilingüe e intercultural, la personería jurídica, la posesión o la propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas.

En todo caso, si en el futuro sucediera que Villa Pehuenia se vea en la situación de tomar decisiones susceptibles de afectar a las comunidades en alguno de esos intereses, tales medidas deberán estar precedidas de las correspondientes consultas y, en su caso, acompañadas por un mecanismo adecuado para asegurar la participación indígena en la gestión de las actividades correspondientes.

El error de las recurrentes es pretender que la existencia del municipio en sí misma se sujete a la consulta y participación previa de las comunidades indígenas cuando dicha existencia no es más que la forma que adopta el estado a nivel local, de acuerdo con lo prescripto por los arts. 5 y 123 de la Constitución.

La elección de la forma en que debe cumplirse con la obligación estatal de permitir la participación de las comunidades en la gestión de los intereses que las afectan no está restringida o limitada por ninguna norma nacional que pueda servir de base a esta Corte para imputar a la provincia el incumplimiento del deber de establecer un cierto mecanismo de participación y, menos aún, para concluir que debió hacerlo

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490**

## Jurisprudencia

antes de sancionar la ley 2439. Está dentro de las facultades propias de la provincia adoptar una estructura permanente de participación o bien convocar a la participación de los pueblos indígenas frente a cada caso en que las medidas puedan afectar sus intereses indígenas. La provincia también puede generar un espacio de participación dentro del gobierno o fuera de él; concebir formas de participación uniformes o diferenciadas según el tipo de cuestión (educación, salud, recursos naturales, usos de las tierras, etcétera), entre otras muchas variaciones. Se trata, como lo dice expresamente el art. 75, inciso 17, de facultades que las provincias pueden ejercer de manera *concurrente* con el Congreso.

15) Lo dicho en los considerandos anteriores en nada menoscaba la plena vigencia del derecho a la consulta previa y a la participación de las comunidades indígenas ni de ninguno de los otros derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT y la Constitución Nacional. Por ello, en el futuro, la Provincia del Neuquén deberá realizar una consulta previa a la adopción de toda medida legislativa o administrativa que sea susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas o sus comunidades, ya sea que dicha afectación se derive de los propios términos de la medida administrativa o legislativa en cuestión o que ésta genere un impacto directo sobre los derechos concedidos a la comunidad indígena o a sus integrantes por el Convenio 169 de la OIT. Las consultas deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de

**ARGENTINA****Caso Comunidad Mapuche No. 1490****Jurisprudencia**

CSJ 1490/2011 (47-C)/CS1  
Comunidad Mapuche Catalán y Confederación  
Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/  
acción de inconstitucionalidad.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (art. 6.2, Convenio 169 de la OIT).

Además, la Provincia del Neuquén deberá asegurar que los pueblos interesados puedan participar libremente en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan así como en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Por último, la Provincia del Neuquén deberá respetar el derecho a la participación en la gestión de los recursos naturales ubicados en las tierras de posesión y propiedad comunitaria y en la gestión de los demás intereses vinculados estrechamente con su identidad como pueblos originarios, de conformidad con lo prescripto en el inciso 17 del art. 75 de la Constitución Nacional.

Por ello, y habiendo dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, se rechaza el recurso extraordinario federal y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden atento a las particularidades de la cuestión planteada (art. 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por HIGHTON Elena Ines

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel



**ARGENTINA**

**Caso Comunidad Mapuche No. 1490**

**Jurisprudencia**

Recurso extraordinario interpuesto por la **Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina**, representadas por el **Dr. Juan Manuel Salgado**.

Traslado contestado por la **Provincia de Neuquén**, representada por el **Dr. Alfredo David Sauman**, con el patrocinio del señor **Fiscal del Estado Dr. Raúl Miguel Gaitán**.

Tribunal de origen: **Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén**.

**ARGENTINA****Rivero (Causa N° 8033)**

Fallos Remitidos

**FALLO REMITIDO**

<b>País</b>	Argentina
<b>Tribunal</b>	Corte Suprema de Justicia de la Nación
<b>Materia</b>	Penal
<b>Intervino La Defensoría Pública Oficial</b>	Si
<b>Datos del Defensor/a Público y Defensoría que intervino</b>	Recurso de queja interpuesto por el Dr. Pablo Rovatti, Defensor Público coadyuvante a cargo del Programa de Asistencia y Patrocinio Jurídico a Víctimas de Delitos apoderado de la querellante, con el patrocinio de la Dra. Raquel Asensio, Defensora Pública coadyuvante y Coordinadora de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación.
<b>Derechos involucrados</b>	Derecho a la igualdad, derecho a la no discriminación, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la defensa, principio In dubio pro reo.
<b>Breve relación de los hechos</b>	<p>Una mujer que se encontraba detenida denunció haber sido abusada sexualmente en reiteradas oportunidades por el jefe de guardia de la unidad penitenciaria en la que estaba alojada. Ante esta situación, el agente penitenciario fue imputado por los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante reiterado y abuso sexual gravemente ultrajante con acceso carnal.</p> <p>En la etapa de juicio oral, el tribunal interviniente lo absolvió. Entre sus argumentos, cuestionó la fiabilidad del testimonio de la víctima.</p> <p>La querella interpuso un recurso de casación. Sin embargo, la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó el planteo. Para decidir de esa manera, consideró que la sentencia se encontraba fundada. Además, coincidió con el tribunal oral respecto de la fiabilidad del testimonio de la víctima.</p> <p>El Programa de Asistencia y Patrocinio Jurídico a Víctimas de Delitos y la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, en representación de la querellante, interpusieron un recurso extraordinario federal. Ante su denegación, interpusieron un recurso de queja.</p>
<b>Fundamentos de Derecho</b>	<p>Arbitrariedad en el pronunciamiento de los juzgadores, desatendiendo las pautas establecidas en la ley 26.485, tratados y decisiones de organismos internacionales para los supuestos de violencia contra la mujer.</p> <p>Incumplimiento de la debida diligencia para prevenir e investigar la violencia contra la mujer.</p>



## ARGENTINA

Rivero (Causa N° 8033)

Fallos Remitidos

Objeción en la prueba respecto de la valoración psicológica.

<b>Contexto social y económico del caso</b>	Mujer víctima de violencia sexual privada de la libertad, víctima de estereotipos de género.
<b>Instancia procesal en la que se emite la sentencia / fallo</b>	Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03 de marzo del 2022. Sentencia FRE 8033/2015/TO1/6/RH1
<b>Instrumento y/o criterio internacional invocado</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer (Convención De Belém Do Pará)</li> <li>• Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia J. vs. Perú, 27 de noviembre de 2013.</li> <li>• Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Fernández Ortega y otros vs. México, 30 de agosto de 2010.</li> <li>• Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, 25 de octubre de 2012.</li> <li>• Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Espinoza González vs. Perú, 20 de noviembre de 2014.</li> <li>• Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Favela Nova Brasilia vs. Brasil, 16 de febrero de 2017.</li> <li>• Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia González y otras -Campo Algodonero- vs. México, 16 de noviembre de 2009.</li> </ul>
<b>Medidas de reparación integral adoptadas</b>	No aplica.
<b>Sentencia/Fallo</b>	La Corte Suprema de Justicia de la Nación compartió y se remitió a los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador General de la Nación interino. De esa manera, hizo lugar al recurso de queja, declaró procedente el recurso extraordinario federal y dejó sin efecto la sentencia impugnada. Además, ordenó que los autos volvieran al tribunal de origen para que dictara un nuevo fallo.
<b>Votación por la que fue adoptada</b>	Voto de los ministros Horacio Daniel Rosatti, Carlos Fernando Rosenkrantz, Ricardo Luis Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda.
<b>Votos concurrentes o disidentes:</b>	<b>Votos concurrentes:</b> no aplica <b>Votos disidentes:</b> no aplica

**Otros datos de interés:** [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Rivero%20\(causa%20n%C2%B0%208033\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Rivero%20(causa%20n%C2%B0%208033).pdf)



**ARGENTINA**  
**Caso Rivero (Causa N° 8033)**  
**Jurisprudencia**



FRE 8033/2015/T01/6/RH1  
Rivero, \_\_\_ y otro s/ abuso sexual - art.  
119 3° párrafo y violación según párrafo 4to.  
art. 119 inc. e.

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 3 de Marzo de 2022

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por E. M. D. G. en la causa Rivero, \_\_\_ y otro s/ abuso sexual - art. 1193° párrafo y violación según párrafo 4to. art. 119 inc. e", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del señor Procurador General de la Nación interino ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuyos términos se dan por reproducidos en razón de brevedad.

Por ello, concordemente con lo dictaminado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis



**ARGENTINA**

**Caso Rivero (Causa N° 8033)**

Jurisprudencia

Recurso de queja interpuesto por el Dr. Pablo Rovatti, Defensor Público coadyuvante a cargo del Programa de Asistencia y Patrocinio Jurídico a Víctimas de Delitos apoderado de la querellante E. M. D. G., con el patrocinio de la Dra. Raquel Asensio, Defensora Pública coadyuvante y Coordinadora de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación.

Tribunal de origen: Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal.

Tribunal que intervino con anterioridad: Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa.

**ARGENTINA****Caso Rivero (Causa N° 8033)****Jurisprudencia**

“R , A y otro s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo- y violación según párrafo 4° art. 119 inc e)”.  
FRE 8033/2015/TO1/6/RH1

Suprema Corte:

**I**

La Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó el recurso de casación interpuesto por la parte querellante contra la sentencia por la que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa decidió absolver a A R y a C S A D en orden a los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante reiterado (cinco hechos) y abuso sexual gravemente ultrajante con acceso carnal (tres hechos), atribuidos al primero en carácter de autor y a la segunda en calidad de partícipe necesaria (fs. 91/103 del presente legajo).

En su requerimiento de elevación a juicio, dicha parte sostuvo -al igual que la fiscalía- que entre septiembre y octubre de 2015, durante su detención en el Escuadrón 16 -Clorinda- de Gendarmería Nacional, E M D G fue abusada por el jefe de guardia R , quien la accedió carnalmente y obligó a practicarle sexo oral, mientras que A D , también detenida allí, la amedrantó para que no se opusiera a esos abusos (fs. 393/400 y 428/432 de los autos principales).

Según el *a quo*, la sentencia absolutoria del tribunal oral contó con la debida fundamentación.

En ese sentido, coincidió con dicho tribunal en cuestionar la confiabilidad del testimonio de la víctima, con base en las contradicciones acerca de la cantidad de abusos que sufrió, pues en la denuncia que dio origen a las actuaciones se refirió a tres casos de acceso carnal y uno de sexo oral, luego en el acto de ratificación dijo que fue accedida carnalmente en tres oportunidades y obligada a practicar sexo oral en cinco, y finalmente en la declaración que prestó en la audiencia de



**ARGENTINA**  
**Caso Rivero (Causa N° 8033)**  
Jurisprudencia

debate aludió a “tres hechos carnales, más dos orales” (fs. 97 de este legajo).

Asimismo, en relación con la pericia psicológica efectuada respecto de D G , los magistrados expresaron que “*el relato de la propia damnificada de aquellos hechos de abuso de los que habría sido víctima durante su infancia, en torno a los que giró la entrevista con la profesional interviniente, impide afirmar que la conclusión arribada en dicha experticia respecto a que los síntomas identificados en esa evaluación psicológica son compatibles con una conflictiva emocional de victimización asociada a experiencias traumáticas de situaciones de violencia emocional, verbal y sexual, responda a los hechos aquí denunciados, erigiéndose en tales condiciones en un indicio anfibológico insuficiente para producir certeza sobre lo que aquí se ventila*” (fs. 98).

Agregaron que P O C -también detenido en aquel escuadrón-, propuesto como testigo por la parte querellante, “*sólo habría tomado conocimiento de una situación a la que la damnificada se refirió como ‘acoso’ cuando fue consultado sobre la realización de una nota al comandante; aclarando que más allá de eso, en su caso no vio ni escuchó nada sobre la referida situación*”; y que sus aseveraciones acerca de las propuestas e insinuaciones de índole sexual que D G le habría formulado no fueron refutadas, y resultaban creíbles debido a las precisas referencias que al respecto realizó en el debate oral (fs. 98). Destacaron, además, que el sargento ayudante M “*dijo que sólo se enteró por comentarios de pasillo que una de las internas se había quejado con el jefe, que nunca vio situaciones anormales, y que nunca recibió queja contra R*” (fs. 98 vta.).

Sobre esa base, sostuvieron que “*en definitiva, el análisis de los elementos de prueba acumulados ciertamente aportan más dudas que*

**ARGENTINA****Caso Rivero (Causa N° 8033)****Jurisprudencia**

“R , A y otro s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo- y violación según párrafo 4° art. 119 inc e)”.  
FRE 8033/2015/TO1/6/RH1

*certezas, circunstancia que obliga a la conclusión de que no resulta posible llegar al convencimiento requerido para el dictado de una sentencia condenatoria, dado el grado de vacilación que emerge de los presentes actuados” (fs. 99).*

Por otra parte, en relación con C S A D , destacaron que el tribunal oral dispuso su absolución debido a que “*por definición, la participación es accesoria a la autoría del hecho. Luego, si los ilícitos no se tienen por probados, mal podrían tenerse como acreditados los ‘aportes’ a su perpetración”* (fs. 98 vta.), y señalaron contradicciones en que habría incurrido la víctima al declarar acerca de la actitud que aquella habría tenido (fs. 98 vta./99).

El Defensor Público Coadyuvante de la Defensoría General de la Nación a cargo del Programa de Asistencia y Patrocinio Jurídico a Víctimas de Delitos, y la Defensora Pública Coadyuvante y Coordinadora de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, en representación de la querellante, dedujeron recurso extraordinario exclusivamente en relación con la absolución de R (fs. 106/126), cuya denegatoria dio lugar a la presente queja (fs. 148/152).

**II**

Los recurrentes alegaron la arbitrariedad del pronunciamiento apelado.

Expresaron que se encuentra apoyado en afirmaciones dogmáticas y fórmulas estereotipadas, y en una valoración parcial y aislada de los diversos elementos de prueba por la que el *a quo* desatendió las pautas establecidas en la ley 26.485 y en tratados y decisiones de organismos internacionales para los supuestos de violencia contra la mujer,



**ARGENTINA**  
**Caso Rivero (Causa N° 8033)**  
Jurisprudencia

e incumplió con el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer previsto en el artículo 7° -inciso b- de la Convención de Belém do Pará. Al respecto, indicó que el pronunciamiento omitió valorar las imágenes registradas por las cámaras del lugar, de las que surge que, pese a que no estaba autorizado para hacerlo, R ingresó solo a la celda de mujeres en horas de la noche en el período en el que la D G dijo haber sido abusada por aquél. Añadió que A D en su declaración indagatoria también expresó que el acusado ingresaba a dicha celda solo, en horario nocturno, y además reconoció la existencia de relaciones sexuales entre R y aquélla, aunque consideró que habían sido consensuadas.

Los apelantes también objetaron la valoración del examen psicológico de la víctima, en la medida en que afirmó de manera dogmática la imposibilidad de discernir si los síntomas advertidos correspondían a hechos de la infancia, pese a que el informe en cuestión destacó la existencia de sintomatología compatible con abuso sexual vinculada expresamente con los hechos aquí denunciados.

Agregaron que el *a quo* omitió pronunciarse sobre los planteos que esa parte formuló en relación con la interpretación y aplicación en el *sub examine* de los derechos a la igualdad, a la no discriminación y a la tutela judicial efectiva, previstos en la Constitución Nacional, la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Señalaron que, al así proceder, el *a quo* convalidó la sentencia en la que el tribunal oral desacreditó el testimonio de la víctima mediante estereotipos de género y criterios de valoración opuestos a los estándares internacionales en la materia.

**ARGENTINA****Caso Rivero (Causa N° 8033)****Jurisprudencia**

“R , A y otro s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo- y violación según párrafo 4° art. 119 inc e)”.  
FRE 8033/2015/TO1/6/RH1

**III**

Coincido con los apelantes en que en el fallo impugnado no han sido examinadas las pruebas de la causa bajo las pautas específicas para casos como el de autos.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), establece en su artículo 7° que los Estados Partes convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, y en “e) *tomar 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*”.

En ese sentido, la ley 26.485, en su artículo 16, dispone que los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, el derecho -entre otros- “i) *a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos*”.

Al respecto, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la agresión sexual “*es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el*



**ARGENTINA**  
**Caso Rivero (Causa N° 8033)**  
Jurisprudencia

*hecho...Asimismo, al analizar dichas declaraciones se debe tomar en cuenta que dichas agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente” (caso “J. vs. Perú”, sentencia de 27 de noviembre de 2013, parágrafo 323; en el mismo sentido, caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, sentencia de 30 de agosto de 2010, parágrafo 100; “Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”, sentencia de 25 de octubre de 2012, parágrafo 164; “Espinoza Gonzáles vs. Perú”, sentencia de 20 de noviembre de 2014, parágrafo 150; “Favela Nova Brasilia vs. Brasil”, sentencia de 16 de febrero de 2017, parágrafo 248). Expresó, además, dicho tribunal, que “las variaciones entre las calificaciones jurídicas de violencia o violación sexual que la representación de la víctima le ha dado a los hechos a lo largo del proceso ante el sistema interamericano no desacreditan los testimonios rendidos internamente por la señora J. en cuanto a los hechos ocurridos. En este sentido, la Corte advierte que este es el caso inclusive si se trataran de declaraciones posteriores realizadas por la presunta víctima. Al respecto, esta Corte ha considerado que una negación de la ocurrencia de una agresión sexual denunciada no necesariamente desacredita las declaraciones donde se indicó que había sucedido, sino que debe ser analizado tomando en cuenta las circunstancias propias del caso y de la víctima. Adicionalmente, la calificación jurídica de los hechos que utilice la presunta víctima en sus declaraciones tiene que ser valorada tomando en cuenta el significado comúnmente dado a las palabras utilizadas, el cual no necesariamente corresponde a su definición jurídica. Lo relevante es evaluar si los hechos descritos, y no la calificación jurídica dada a los mismos, fueron consistentes” (sentencia en el caso “J. vs. Perú”, citada, parágrafo 324). Y*

**ARGENTINA****Caso Rivero (Causa N° 8033)****Jurisprudencia**

“R , A y otro s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo- y violación según párrafo 4° art. 119 inc e)”.  
FRE 8033/2015/TO1/6/RH1

añadió que *“las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Por ello, la Corte ha advertido que las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad”* (sentencia en el caso “Espinoza Gonzáles vs. Perú”, citada, parágrafo 150).

En el *sub examine*, sin embargo, tanto el tribunal oral como el *a quo* pasaron por alto esos criterios para la correcta valoración de la prueba en casos como el presente, en la medida en que cuestionaron la confiabilidad del testimonio de la víctima a partir de la diferencia que presentarían sus declaraciones acerca de la cantidad de veces que fue obligada a practicar sexo oral al acusado. Tal proceder -abiertamente opuesto al que surge de los precedentes citados- implicó, además, menospreciar lo declarado por aquella sobre las oportunidades en que habría sido accedida carnalmente por R a pesar de que en este aspecto no existieron discrepancias -en todas sus declaraciones dijo que ocurrió tres veces-, lo que, en mi opinión, constituye una patente arbitrariedad.

Lo mismo ocurrió, a mi modo de ver, en relación con las palabras con las que D G transmitió a O C las agresiones de las que habría sido objeto por parte de R . En efecto, según el tribunal oral *“el desenfadado despliegue de artes de seducción”* de aquella hacia O C *“no se compadece con la descripción de la conducta que le achaca a R como ‘acoso’. Se comprenderá que la extensión semántica de ese sustantivo difiere en alto grado de los abusos sexuales a los que quería aludir. No se encuentra explicación a la actitud*



**ARGENTINA**  
**Caso Rivero (Causa N° 8033)**  
Jurisprudencia

*dual: el desprejuicio de los embates al testigo y la reticencia al comentarle aquello que supuestamente venía padeciendo” (fs. 98 vta.). De ese modo, el tribunal y el a quo pusieron en duda el testimonio de la víctima por el término que -según el testigo- habría empleado en aquella oportunidad -acoso-, sin atenderse en ambas instancias al criterio antes expuesto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el cual no es necesario que la calificación que la mujer dé a los hechos coincida con la definición jurídica. Sin perjuicio de lo expuesto, tampoco explicaron por qué razón dicha palabra, entre cuyas acepciones en el Diccionario de la Real Academia Española se encuentran “perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona” y “apremiar de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos” no habría tenido relación con la situación que aquella estaba padeciendo, máxime si se tiene en cuenta que el testigo también dijo que fue usada por la damnificada al consultarlo, en ese contexto, sobre la realización de una nota al comandante (fs. 98).*

Asimismo, pienso que ese argumento, que el a quo convalidó, fue construido sobre un estereotipo según el cual una mujer que fuese desenfadada en sus expresiones o comportamientos sexuales con alguna persona en particular, no podría proceder con timidez al referirse a hechos de violencia sexual de los que fue víctima. Estimo pertinente destacar, en ese sentido, lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto resaltó “lo precisado por la Comisión Interamericana en su informe temático sobre ‘Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia’ en el sentido de que la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los

**ARGENTINA****Caso Rivero (Causa N° 8033)****Jurisprudencia**

“R , A y otro s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo- y violación según párrafo 4° art. 119 inc e)”.  
FRE 8033/2015/TO1/6/RH1

*hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales” (caso “González y otras -Campo Algodonero- vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 400).*

Sumado a lo expuesto, estimo que el *a quo* también desatendió las mencionadas pautas en cuanto puso en duda el aprovechamiento por parte de R de la situación de vulnerabilidad en que se encontraba D G , y sugirió la posibilidad de que ésta hubiese dado su consentimiento, basándose al efecto en que *“la víctima ha tenido acceso a distintos medios de comunicación mediante los cuales podía haber dado razón de los agravios sufridos sobre su persona y su integridad física, tal como ha sido el hecho de haber concurrido sola a un hospital sin el acompañamiento de los transgresores”* (fs. 99/vta.). Así lo entiendo, desde que tal inferencia pasa por alto que las agresiones sexuales son actos traumáticos que -conforme sostuvo la Corte Interamericana en las sentencias citadas *supra*- la víctima no suele denunciar por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente.

Por otra parte, apreció que el pronunciamiento apelado también fue construido sobre una valoración parcial y sesgada de los restantes elementos de prueba.

En efecto, advierto que los magistrados no valoraron, en orden a la acreditación de los actos sexuales denunciados, la declaración de



**ARGENTINA**  
**Caso Rivero (Causa N° 8033)**  
 Jurisprudencia

A D en cuanto refirió que R ingresaba a la celda de D G en horas de la noche con la excusa de llevar agua y permanecía allí alrededor de diez minutos (fs. 525 vta. y fs. 526 vta. de los autos principales), y que ésta le comentó que tenía algo con R y que los gendarmes que estaban en la puerta mientras el sargento ingresaba a su celda se reían (fs. 523). A mi modo de ver, aunque A D sugirió que D G no habría actuado coaccionada -“*aquí o en la China ninguna mujer puede ser obligada a bajarse la bombacha*”, dijo a fs. 522 vta., y “*M nunca expresó quejas, que entiende que no era coaccionada*”, a fs. 526 vta.-, tales expresiones debieron ser valoradas en conjunto con el resto de las constancias de la causa, teniendo en cuenta que no se alegó alguna razón que hubiera autorizado los ingresos de R a la celda de D G. Al respecto, cabe recordar que el artículo 191 de la ley 24.660 -Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad-, establece que “*ningún funcionario penitenciario del sexo masculino ingresará en dependencias de un establecimiento o sección para mujeres sin ser acompañado por un miembro del personal femenino*”. En el mismo sentido, en el parágrafo 53 de las “Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas” -las que, si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se han convertido, por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad; conf. Fallos: 328:1146- se dispone que en los establecimientos mixtos “*ningún funcionario del sexo masculino penetrará en la sección femenina sin ir acompañado de un miembro femenino del personal*”.

Asimismo, al contrario de lo expresado por -la otrora coimputada- A D y el interno O C, sobre cuyas

**ARGENTINA****Caso Rivero (Causa N° 8033)****Jurisprudencia**

“R , A y otro s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo- y violación según párrafo 4° art. 119 inc e)”.  
FRE 8033/2015/TO1/6/RH1

declaraciones se basó el *a quo* para aseverar el desenfado de D G , el cabo M R P la describió como una persona retraída, que no se desenvolvía sola, a la que varias veces escucharon llorar y no le conocía la voz “*porque su mediadora era siempre A*” (fs. 535 vta./537), lo que coincidiría con el informe psicológico en el que se destacó, como características de su personalidad, “*una tendencia al retraimiento, al ensimismamiento y a la inhibición como manera de vincularse con los demás y con el mundo circundante*” (fs. 387/390). El *a quo*, sin embargo, omitió considerar esos elementos en conjunto con los demás desarrollados.

Sumado a ello, el pronunciamiento sostuvo que la credibilidad del relato efectuado por O C -el que, cabe recordar, versó principalmente sobre el supuesto desenfado sexual de la víctima- “*emerge de las precisas referencias que sobre aquellas cuestiones realizó durante la audiencia de debate*” (fs. 98 del presente legajo), lo cual, a mi modo de ver, constituye una mera afirmación dogmática en la medida en que ni siquiera se ocupó de analizar si, en las condiciones en que se encontraban los detenidos, pudieron verdaderamente desarrollarse las conductas que aquél le achacó a D G , sin que fueran presenciadas por el personal de seguridad.

Por último, advierto que la decisión impugnada se apoyó en un examen fragmentario y aislado del informe psicológico de D G . En efecto, los magistrados se limitaron a sostener que la referencia que aquélla hizo en esa entrevista a los abusos que sufrió en su infancia, impedía considerar que los síntomas constatados por la profesional hubieran sido consecuencia de los hechos objeto de este proceso. Sin embargo, el contenido de ese informe -agregado a fs. 387/390-



**ARGENTINA**  
**Caso Rivero (Causa N° 8033)**  
Jurisprudencia

contradice aquella dogmática afirmación del *a quo*, desde que surge que “ante determinados tópicos, específicamente ante aquéllos vinculados a los hechos que se investigan en la presente causa, exhibe signos de ansiedad y angustia que se manifiestan en una conducta de llanto” (fs. 387 vta. del principal); que “sobre la experimentación de sentimientos y/o emociones que estarían asociados a los hechos que se investigan en autos describe sentimientos de temor, angustia y ansiedad. Refiere la presencia de flashback (revive las situaciones abusivas de índole sexual asociadas a los hechos que se investigan en la presente causa, mediante la forma de imágenes y sonidos), con la consecuente vivencia de sentimientos y sensaciones atemorizantes” (fs. 389 vta.); y que “presenta un posicionamiento subjetivo vulnerable donde prevalecen sentimientos de indefensión, inmovilidad, inseguridad, inferioridad, desvalorización, pasividad, sumisión, entre otros. Dicho posicionamiento subjetivo estaría asociado a sus experiencias de violencia (maltrato infantil psicológico y situaciones abusivas de índole sexual) transitadas desde temprana edad y a la cual se sumarían las situaciones abusivas de índole sexual investigadas en las presentes actuaciones” (fs. 390). En tales condiciones, la especialista concluyó que “los síntomas identificados en la presente evaluación psicológica son compatibles con una conflictiva emocional de victimización asociado a las experiencias traumáticas de situaciones de violencia emocional, verbal y sexual sumada a una conflictiva intrafamiliar. Además, se advierte reactivación de sintomatología... Respecto del hecho denunciado presenta una actitud negativa y de rechazo, mostrando comportamientos que perjudican tanto a ella como a los demás (hija-familia) atento a que implica la reviviscencia de situaciones traumáticas experimentadas en la infancia y ello le lleva a la re

**ARGENTINA****Caso Rivero (Causa N° 8033)****Jurisprudencia**

“R , A y otro s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo- y violación según párrafo 4° art. 119 inc e)”.  
FRE 8033/2015/TO1/6/RH1

*experimentación de síntomas, incluso con mayor intensidad...*” (fs. 390 vta.). Es evidente, a mi modo de ver, que los términos del informe aluden de manera expresa tanto a los hechos denunciados en la presente como a los abusos que la víctima también habría sufrido en su infancia, asociando ambos supuestos con los síntomas detectados en la pretérita, sin que el *a quo* se haya hecho cargo de valorar si a partir de la consideración integral de esa evaluación era posible y -en su caso- relevante para el *sub examine*, determinar la medida en que esas manifestaciones son, respectivamente, consecuencia de los antiguos abusos o de los recientes.

En tales condiciones, si bien la apreciación de la prueba constituye, por vía de principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria (Fallos: 332:2659), pienso que en el *sub lite* corresponde hacer excepción a esa regla, conforme lo ha admitido la Corte con base en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 327:5456 y sus citas) ya que con ésta se procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 315:2969; 321:1909; 326:8; 327:5456; 334:725, considerando 4° y sus citas).

Cabe recordar que el estado de duda -invocado por el tribunal oral y el *a quo*- no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de una minuciosa, racional y objetiva evaluación de todos los elementos de prueba en conjunto (Fallos: 311:512 y 2547; 312:2507; 314:346 y 833; 321:2990 y 3423). La mera invocación de cualquier incertidumbre acerca de los hechos no impide, *per se*, obtener razonablemente, a través de un análisis detenido de toda la prueba en



**ARGENTINA**  
**Caso Rivero (Causa N° 8033)**  
Jurisprudencia

conjunto, el grado de convencimiento necesario para formular un pronunciamiento de condena.

El concepto “más allá de duda razonable” es, en sí mismo, probabilístico y, por lo tanto no es, simplemente, una duda posible, del mismo modo que no lo es una duda extravagante o imaginaria. Es, como mínimo, una duda basada en razón (conf. Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en el caso “Victor vs. Nebraska”, 511 U.S. 1; en el mismo sentido, caso “Winship”, 397 U.S. 358).

En consecuencia, pienso que el fallo apelado no constituye derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso, y debe ser descalificado como un acto jurisdiccional válido.

Estimo pertinente mencionar, por último, que los defectos hasta aquí expuestos adquieren especial significación teniendo en cuenta -como ya indiqué- el compromiso de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer plasmado en la Convención de Belém do Pará (artículo 7º, primer párrafo) tal como ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. “Caso González y otras [Campo Algodonero] vs. México”, del 16 de noviembre de 2009) y también por V. E. en el pronunciamiento que dictó en el precedente “Góngora”, publicado en Fallos: 336:392, en particular teniendo en cuenta que *“la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, en la sentencia del 25 de



## ARGENTINA

Caso Rivero (Causa N° 8033)

Jurisprudencia

“R , A y otro s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo- y violación según párrafo 4° art. 119 inc e)”.  
FRE 8033/2015/TO1/6/RH1

noviembre de 2006, párrafo 311, y caso “Favela Nova Brasilia vs. Brasil”, sentencia del 16 de febrero de 2017, párrafo 255).

Conforme lo ha reconocido dicho tribunal internacional, *“la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación [de la mujer] en el acceso a la justicia”* (caso “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, sentencia del 19 de mayo de 2014, párrafo 208; caso “Espinoza Gonzáles vs. Perú”, sentencia del 20 de noviembre de 2014, párrafo 280; caso “Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala”, sentencia del 19 de noviembre de 2015, párrafo 176).

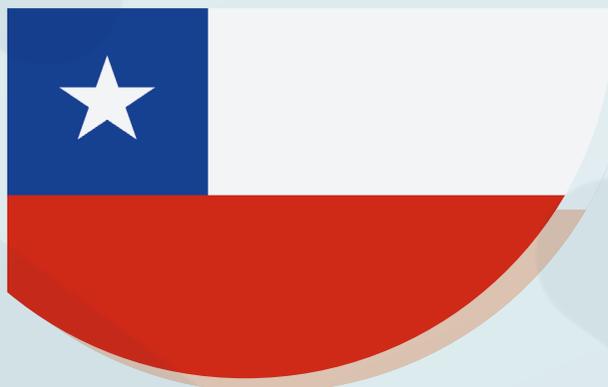
#### IV

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente la queja, hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar el fallo apelado, a fin de que, por intermedio de quien corresponda, se dicte uno nuevo de acuerdo a derecho.

Buenos Aires, <sup>25</sup> de octubre de 2019.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

  
ADRIANA N. MARCHISIO  
Subsecretaría Administrativa  
Procuración General de la Nación



**CHILE**

---

**BLODEPM**

Bloque de Defensores Públicos  
Oficiales del Mercosur

---

**CHILE**

SCS Rol N° 39.732-2021

Fallos Remitidos

**FALLO REMITIDO**

<b>País</b>	Chile
<b>Tribunal</b>	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla
<b>Materia</b>	Penal
<b>Intervino La Defensoría Pública Oficial</b>	Si
<b>Datos del Defensor/a Público y Defensoría que intervino</b>	Mauricio Alejandro Riveaud Ortiz y María José San Martín
<b>Derechos involucrados</b>	Imparcialidad del tribunal, Derecho a guardar silencio y tipo penal del delito de microtráfico
<b>Fundamentos de Derecho</b>	<p>Se acoge recurso de nulidad por tres infracciones: Imparcialidad del tribunal artículos 3, 12, 70, 77, 140, 151, 155, 166, 170, 180, 182, 183, 222, 276, , 292, 328, 329, entre otros) surge con nitidez que el tribunal del juicio oral en lo penal constituye un sujeto procesal que, en cuanto conductor del procedimiento desde una posición neutral, no tiene la calidad de interviniente.</p> <p>Artículo 8.2 letra g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto al derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, lo que recoge también el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tal contenido es acogido en el Código Procesal Penal al prever el derecho a guardar silencio como consecuencia de entenderse que el deber de probar asiste únicamente al acusador, lo que luego también hace el artículo 31 de la Ley N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal</p> <p>Y por errónea aplicación del derecho, absolviendo por el delito de microtráfico al no existir pruebas de difusión incontrolada de la droga artículo 4 de la Ley 20.000 (sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas).</p>
<b>Contexto social y económico del caso</b>	No se especifica
<b>Instancia procesal en la que se emite la sentencia / fallo</b>	Corte Suprema
<b>Instrumento y/o criterio internacional invocado</b>	Artículo 8.2 letra g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, lo que recoge también el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

**CHILE**

SCS Rol N° 39.732-2021

Fallos Remitidos

**Medidas de reparación  
integral adoptadas**

Por la infracción de imparcialidad del tribunal se anula el juicio y se restablece la causa al estado de realizar nuevo juicio oral ante Tribunal no inhabilitado. Respecto a la vulneración al derecho a guardar silencio se retrotrae la causa al estado de celebrarse un nuevo juicio ante el tribunal no inhabilitado que corresponda, excluyéndose del auto de apertura del juicio los dos testigos funcionarios policiales y finalmente por el delito de microtráfico se dicta sentencia absolutoria

**Sentencia/Fallo**

SCS Rol N° 39.732-2021.

La Corte Suprema acogió los recursos de nulidad interpuestos por las defensas en contra de la sentencia, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, que condenó a sus representados en calidad de autores de los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego y tráfico de drogas en pequeñas cantidades. Ilícitos que habrían cometidos en abril de 2020, en dicha comuna.

**Votación por la que  
fue adoptada**

Mayoría (3/2)

**Votos concurrentes  
o disidentes:****Otros datos de interés:**

<https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/71744>

**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

Santiago, cuatro de abril de dos mil veintidós.

**Vistos:**

En estos antecedentes RUC 2000366566-7, RIT 14-2021, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, por sentencia de uno de junio del año dos mil veintiuno, resolvió que:

I.- Se impone al adolescente infractor F.I.G.E. la sanción de quinientos cuarenta y un días de libertad asistida como autor de un delito consumado de tenencia ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 9 en relación al artículo 2 letra b) de la Ley N° 17.798, ocurrido el 30 de abril de 2020, en Melipilla.

II.- Se condena a Matías Amadil Aranda Cavieres como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en pequeñas cantidades, en grado consumado, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, al pago de una multa ascendente a cuatro unidades tributarias mensuales, la que se tiene por cumplida por los días que ha permanecido privado de libertad en razón de esta causa en arresto domiciliario nocturno, equivalente a doce días de privación de libertad, a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, ocurrido en esta ciudad el 30 de abril de 2020.

III.- Se condena a Gonzalo Esteban Aranda Cavieres como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en pequeñas cantidades, en grado consumado, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, al pago de una multa ascendente a cuatro unidades tributarias mensuales, la que se tiene por cumplida por los días que ha



QMXEYXLDGC

**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

permanecido privado de libertad en razón de esta causa en prisión preventiva, equivalente a doce días de privación de libertad, a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, ocurrido en esta ciudad el 30 de abril de 2020.

Las defensas de los sentenciados dedujeron recursos de nulidad contra la indicada sentencia, los que fueron admitidos a tramitación y se conocieron en la audiencia del día quince de marzo pasado, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que en forma principal, el recurso impetrado por la defensa de Gonzalo Aranda Cavieres, se funda en la causal contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, pues, a juicio del recurrente se infringieron los artículos 7 y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, en relación a los artículos 329, 330 y 389 del Código Procesal Penal; artículos 8.2 letra f) y 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por cuanto al finalizar el testimonio del funcionario policial Claudio Jofré Cabrera, el tribunal procede a interrogarlo, haciéndole preguntas que exceden las prerrogativas del artículo 329 inciso cuarto del Código Procesal Penal, al no ser aclaratorias, realizando preguntas sugestivas con una sola línea argumentativa, eminentemente de carácter incriminatorias en relación a su representado.

Agrega que la juez que efectuaba las interrogaciones, resuelve de plano y en forma unilateral la objeción planteada por la defensa al proceder del tribunal,



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

## Jurisprudencia

sin que verbalmente se les pregunte la opinión de los otros jueces y menos que la expresen.

Precisa que en el caso concreto, la sentencia definitiva que se impugna ha sido dictada con vulneración del derecho a ser juzgado por un juez imparcial, transgiriéndose la esfera objetiva de este derecho al extralimitar sus facultades jurisdiccionales.

Indica que la trascendencia de la infracción resulta precisamente de la intervención de una de las juzgadoras, la que mejora la prueba del órgano encargado exclusivamente de la pesquisa criminal, entrometiéndose en el debido desarrollo del proceso, transgiriendo el principio de contradicción y, de paso, afectando su propia imparcialidad.

Termina solicitando se acoja el recurso, se anule la sentencia definitiva y el juicio oral, y se disponga la realización de un nuevo juicio por el tribunal no inhabilitado que corresponda.

En subsidio, interpone la causal establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342 letra c) y 297 del citado código.

Señala que en la sentencia hay una ausencia de fundamentación del dictamen condenatorio, puesto que el tribunal no da razón suficiente y omite indicar el por qué le concede preeminencia a las versiones brindadas exclusivamente por testigos indirectos o de oídas por sobre las del acusado, en circunstancias que la de este último aparece corroborada por otras pruebas rendidas en el juicio y que resultan consistentes con ella.



QMXEYXLDGC

**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

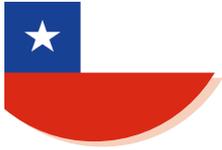
Finaliza pidiendo se acoja el recurso por la causal subsidiaria invocada, ordenando la anulación de la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, y se sirva ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

**SEGUNDO:** Que la defensa del acusado Francisco Gutiérrez Espinoza, funda de manera principal su recurso en la causal prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por cuanto los funcionarios en el juicio señalan que al encontrar el arma, la madre del imputado manifiesta que no es de ella y que su hijo anda en malos pasos, reconociendo espontáneamente el acusado que el arma le pertenecía, sin embargo esas circunstancias no se registraron en los antecedentes que estaban en la investigación, por lo que la defensa en ese momento tomó conocimiento de ellos.

Precisa que lo sorpresivo de la información entregada por los funcionarios en el juicio, impidió a la defensa controvertirla y, lo más importante, imposibilitó solicitar se excluyese en la audiencia de preparación de juicio oral, pues los funcionarios policiales participaron en el interrogatorio de un imputado adolescente, sin delegación del fiscal, y sin la presencia de su abogado defensor, y que habrían obtenido una declaración de su madre inculpando a su hijo, sin ser advertida de sus derechos.

Concluye solicitando se declare la nulidad del juicio oral y de la sentencia, y se proceda a excluir los testimonios de los funcionarios policiales Rodrigo Valdebenito Tudela, y Viviana Echeverría Mayea, se disponga la realización de un nuevo juicio por el tribunal no inhabilitado que corresponda.



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

## Jurisprudencia

En subsidio, interpone la causal del artículo 374 letra e) en relación a los artículos 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal, expresando que los jueces apreciaron de manera deficitaria la prueba rendida en el transcurso del juicio, no pudiendo estimarse superada la presunción de inocencia, pues se estableció la ocurrencia de un delito y se condenó a su representado, en función de apreciaciones que desde el punto de vista de reproducción del razonamiento no pueden dar una explicación, pudiendo efectuarse una valoración distinta.

Concluye pidiendo se declare la nulidad del juicio oral y de la sentencia, disponiéndose la realización de un nuevo juicio oral ante el tribunal no inhabilitado que corresponda.

**TERCERO:** Que el arbitrio impetrado por la defensa de Matías Aranda Cavieres se funda en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pues el Tribunal Oral en lo Penal condenó al imputado obviando la exigencia de antijuricidad material en la conducta a la cual se busca atribuir reproche penal, por cuanto no se estableció que su actuar configurara el delito de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes.

Explica que la tenencia en el dormitorio del acusado de 1,48 gramos de marihuana y 3,05 gramos de clorhidrato de cocaína, ambos pesos brutos, no es indicio suficiente para sostener que se está frente al delito de tráfico en pequeñas cantidades, pues para quien consume droga, es de toda lógica que dicha cantidad es para consumo próximo.

Precisa que para que el porte o posesión de una cantidad pequeña de estupefacientes logre configurar el tipo penal del artículo 4 de la Ley N° 20.000, es menester que ello se dé en un contexto en el que dicho porte o posesión sean en



QMXEYXLDGC

**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

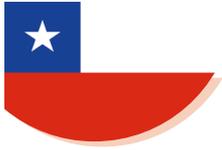
sí mismos indiciarios del propósito de comercializarla, reconociendo los testigos que no tenía pesa, papelillos, dinero u otros elementos para la dosificación, prescindiendo el Tribunal de un aspecto de la esencia del tipo penal.

Culmina pidiendo en el caso de acogerse el recurso, que el tribunal ad quem invalide aquella parte de la sentencia del juicio oral que condenó a su representado por el delito de tráfico en pequeñas cantidades del artículo 4 de la Ley N° 20.000, procediendo a dictar en forma inmediata pero por separado, sentencia de reemplazo, declarando que se le absuelve del delito mencionado.

**CUARTO:** Que de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, para acreditar las circunstancias constitutivas de las causales esgrimidas, las defensas de Gonzalo Aranda Cavieres y Francisco Gutiérrez Espinoza incorporaron como prueba pasajes de los registros de audio de declaraciones prestadas por testigos y de documentos que se refieren al informe policial evacuado con motivo de la detención de los acusados y que contiene las deposiciones de los funcionarios policiales.

**QUINTO:** Que analizando la causal principal hecha valer por la defensa del acusado Aranda Cavieres, aparece que se objeta que se haya efectuado por el tribunal la interrogación de un testigo funcionario policial más allá de las atribuciones que la ley le confiere, recabando, bajo la fórmula de un verdadero interrogatorio, antecedentes suficientes para reafirmar la postura de los acusadores, todo ello en auxilio de la fiscalía, evidenciando un compromiso con la tesis acusadora que no es propio de la posición institucional que debe asumir el sentenciador frente al conflicto, lo que en concepto del recurrente vulnera las



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

## Jurisprudencia

garantías constitucionales referidas a su derecho a un debido proceso, específicamente en lo que dice relación con la imparcialidad del tribunal.

**SEXTO:** Que tal como ha tenido oportunidad de señalar este tribunal en los ingresos N° 4954-08, N° 1414-09, N° 5922-2012 y N° 4909-2013, entre otros, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción se funde en un proceso previo legalmente tramitado, y el artículo 19 N° 3°, inciso sexto de esa Carta Fundamental, confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En torno a los tópicos que contempla el derecho al debido proceso, se ha indicado que no hay discrepancias en aceptar que, a lo menos, lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y las leyes 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, que se dicten veredictos motivados o fundados, etc.; en tanto que por la imparcialidad del tribunal, se comprenden tres garantías individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado, a saber: el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referido principalmente a que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales señalados por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho delictivo, sin que otro poder del Estado pueda avocarse a esa función, y a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece involucrado el interés público de la



QMXEYXLDGC

**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente. Este interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano predispuesto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye, por cierto, la promoción de la acción penal pública y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, de manera que no abandone su posición equidistante de las partes y desinteresada respecto del objeto de la causa.

En el aspecto que se analiza, no cabe duda que la concepción del proceso acusatorio como contienda que rige en el sistema procesal penal, da cuenta de la consagración de los valores democráticos de respeto a la persona del imputado y la presunción de inocencia que le ampara, la que se tutela mediante la asignación de la carga de la prueba sobre el acusador y la posibilidad que asiste a la defensa de refutar la imputación, para lo cual se le reconoce capacidad de contradicción en todo momento y en relación con cualquier acto probatorio, aspectos todos que plasman el reconocimiento procedimental de la igualdad de las partes ante el tribunal.

**SÉPTIMO:** Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, el motivo de invalidación que se propone asilado en tal causal requiere la infracción sustancial de derechos y garantías asegurados por la Constitución o los tratados internacionales ratificados en Chile que se encuentren vigentes.

Al respecto, se ha fallado uniformemente que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

## Jurisprudencia

procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso. Además, la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso. Es así como la nulidad, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (SCS 2866-2013, 4909-2013 entre otras).

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

**NOVENO:** Que, asimismo, a partir de una lectura armónica de diversas disposiciones del Código Procesal Penal pertinentes al punto (artículos 3, 12, 70, 77, 140, 151, 155, 166, 170, 180, 182, 183, 222, 276, , 292, 328, 329, entre otros) surge con nitidez que el tribunal del juicio oral en lo penal constituye un sujeto procesal que, en cuanto conductor del procedimiento desde una posición neutral, no tiene la calidad de interviniente y, por tanto, se encuentra impedido de actuar



QMXEYXLDGC

**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

como sujeto productor de evidencia y, con mayor razón, de prueba en juicio. Es decir, sólo puede decretar y/o recibir las probanzas que hubiesen sido ofrecidas y/o pedidas por los intervinientes, siendo la razón del veto a tal impulso o iniciativa probatoria el resguardo del deber de imparcialidad del juzgador -cuya contrapartida es un derecho para el imputado-, con lo cual, se garantiza, a su vez, el carácter adversarial del actual proceso penal, que es una manifestación del principio acusatorio que informa nuestro sistema.

**DÉCIMO:** Que, del mérito de los antecedentes entregados por los intervinientes al momento de la vista del recurso y luego de oída la prueba producida, resulta inconcuso que la actuación del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que ha sido reprochada, puso al acusado Gonzalo Aranda Cavieres en una situación desventajosa o desfavorable, ya que incorporó de oficio antecedentes que no fueron hechos valer por la parte acusadora en aval de su teoría del caso, como se advierte de las pistas de audio reproducidas, en las que se la escucha consultar sobre la descripción de las dependencias del inmueble donde ocurrieron los hechos, el lugar donde se encontró la sustancia estupefaciente, si se trataba de un dormitorio, insistiendo sobre el punto cuando el testigo dice que no recuerda cuantos dormitorios tiene el inmueble, elaborando una nueva línea de indagación al consultarle sobre lo que habitualmente usa para esclarecer el punto que, posteriormente, le permite en la sentencia recurrida acreditar los hechos descritos en la acusación efectuada por el Ministerio Público; formulando incluso preguntas sugestivas respecto del lugar donde acontecieron los hechos al funcionario policial, que pretenden evidenciar la aparente falta de credibilidad del acusado Gonzalo Aranda Cavieres y de su hermano Matías Aranda Cavieres, labor que es



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

## Jurisprudencia

propia de los intervinientes, en defensa de sus particulares intereses, pero no de un tribunal que debe aquilatar la credibilidad de la declaración del imputado en la sentencia sólo sobre la base de la información proporcionada por los intervinientes.

El tenor de tales indagaciones claramente exceden el ámbito excepcional que el artículo 329 del Código Procesal Penal permite para intervención de los jueces, al habilitarlos para formular preguntas al declarante con el fin de aclarar sus dichos, toda vez que el supuesto de la norma es que la prueba respectiva haya sido presentada por alguno de los intervinientes en la controversia, sin tener en su producción ninguna injerencia el tribunal ante el cual se rinde y, por otro lado, sus preguntas aclaratorias sólo se producen luego de ejecutado el examen y contraexamen pertinente, potestad que, sin lugar a dudas, en los casos que se decida ejercerla -como ya se ha tenido oportunidad de advertir-, deberá serlo con la mayor prudencia posible, recordando los jueces siempre que es función exclusiva de las partes incorporar la evidencia en juicio, y su deber el de mantenerse ajenos al debate.

**UNDÉCIMO:** Que, como ya se anticipó, esta Corte, luego de escuchar atentamente la prueba de audio ofrecida por la oponente y oída la intervención de uno de los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal respectivo, es dable concluir que ella se ha asemejado al examen que la ley sólo franquea al Ministerio Público, al querellante particular o a la defensa en su caso, lo que evidencia que la referida intervención no fue dirigida a “aclarar” aspectos puntuales entregados por los deponentes, efectuando incluso preguntas sugestivas, por lo que significó en los hechos la producción de prueba por parte del tribunal, dado que la actividad



QMXEYXLDGC

**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

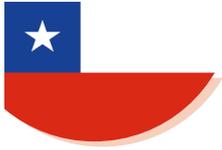
Jurisprudencia

desplegada no se ciñó precisamente a “disipar, quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo”, (acepción de “aclarar”, según la Real Academia de la Lengua Española) ni procedió a hacer perceptibles, manifiestos, inteligibles temas ya introducidos, sino que se propuso derechamente obtenerlos por sí misma, para así apoyar su decisión, aspectos que sin duda van más allá de la claridad del examen y contra examen a los testigos, conclusión que permite que el presente reclamo pueda prosperar.

**DUODÉCIMO:** Que, de este modo, ha resultado agravante para el debido proceso que el tribunal concurriera a suplir o corregir eventuales deficiencias del acusador, sumando a su cometido de órgano jurisdiccional objetivo e imparcial, una actividad ajena al mismo, particularmente cuando se trata de la incorporación de oficio de información que debió ser producida legalmente en el proceso por quien pretende servirse de ella. Emerge así una especie de “subsidio procesal” brindado por el juez en beneficio de la posición de una de las partes, pues suplente las omisiones de ella, conducta totalmente contraria a la garantía de la imparcialidad del juzgador, y que en los hechos priva a aquel que queda en situación desventajosa de la igualdad de armas, producto de las indagaciones de oficio y de resolver en base a ellas.

**DÉCIMO TERCERO:** Que el registro de audio deja de manifiesto que la objeción de la defensa es real, porque han olvidado los sentenciadores que sus dudas debían ser satisfechas por las partes, de suerte que de subsistir cualquiera dificultad o de haberse verificado alguna inexactitud, el tribunal pregunte a los mismos comparecientes en la audiencia, sobre lo que le ha resultado oscuro o desconocido, fórmula de llevar adelante la audiencia que es manifestación del



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

principio contradictorio que rige en el sistema procesal penal y que constituye un elemento del debido proceso, por cuanto la neutralidad del tribunal se asegura y garantiza a través del veto a su iniciativa probatoria, de modo que su transgresión afecta el principio de contradicción y, de paso, compromete su propia imparcialidad, lo que no puede ser tolerado.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, como se ha analizado hasta aquí, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla incurrió en una violación de las garantías constitucionales que aseguran el respeto al debido proceso, sin que pueda determinarse qué prueba, si la de las partes o la obtenida por el tribunal, permitió arribar a la determinación final, todo lo cual configura la causal propuesta en autos, vicio que aparece revestido de la relevancia necesaria para acoger el remedio procesal sustentado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que sólo es reparable por la declaración de nulidad del juicio oral y la sentencia objetada.

**DÉCIMO QUINTO:** Que en lo que respecta a la causal principal interpuesta por la defensa de Gutiérrez Espinoza, basada en la causal contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, se funda en la falta de registro de actuaciones efectuadas por los funcionarios policiales y en la omisión de las advertencias contempladas en la ley previas a prestar cualquier tipo de declaración respecto del imputado y su madre.

**DÉCIMO SEXTO:** Que, como se advierte, la causal principal invocada por el recurso de Gutiérrez Espinoza denuncia la configuración de la hipótesis de nulidad fundada en el agravio a la garantía constitucional del debido proceso, por



QMXEYXLDGC

**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

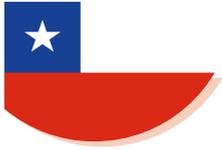
no respetar que la decisión fuera fundada en prueba obtenida y producida de conformidad a la ley.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que de la propia declaración de uno de los funcionarios policiales que intervino en el procedimiento policial que culminó con la detención de Gutiérrez Espinoza, aparece que los policías cuestionados omitieron dar cumplimiento a la obligación de registro que los grava, de acuerdo a lo que impone el artículo 228 del Código Procesal Penal, toda vez que reconoció que se les olvidó “dejar constancia” de lo expresado por el imputado y su madre, limitándose a señalar que fue un descuido por la premura en efectuar el informe y que existen detalles de los que a veces no se deja constancia por la gran cantidad de información que deben consignar, respuesta claramente insuficiente para demostrar el cumplimiento de la obligación funcionaria que les afecta.

Dicha situación, entonces, no sólo infringe sus propias obligaciones funcionarias, sino que además vicia de ilegalidad el procedimiento adoptado, ya que el solo hallazgo del arma de fuego en dependencias de un inmueble que es habitado por varias personas, dos de ellas adultas, no habilita para la detención del adolescente.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que en lo concerniente a la omisión por parte de los funcionarios policiales de advertir a la madre del imputado de la facultad de no declarar establecida en el artículo 302 del Código Procesal Penal, asentada en la existencia de esa relación de parentesco con el acusado, que es uno de los fundamentos de la causal en análisis, cabe indicar que el propio funcionario policial es quien reconoce haber omitido señalar en el informe y sus anexos la circunstancia que aquélla fue quien síndico a su hijo y que producto de ella, el



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

acusado reconoció tal tenencia, por lo que mal puede haberse dejado noticia de haberse efectuado tal advertencia, siendo uno de los antecedentes que sirven de base para fundar la condena, según se lee de los motivos décimo y décimo tercero de la sentencia impugnada, por lo que aparece que tal información resulta trascendente para obtener la decisión de condena del adolescente Gutiérrez Espinoza.

**DÉCIMO NOVENO:** Que por último, en relación al deber de no afectar el derecho a la prohibición de no autoincriminación que también se esgrime como sustento de la causal principal de nulidad, es del caso traer a colación la premisa básica prevista en el artículo 8.2 letra g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, cual es el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, lo que recoge también el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tal contenido es acogido en el Código Procesal Penal al prevenir el derecho a guardar silencio como consecuencia de entenderse que el deber de probar asiste únicamente al acusador, lo que luego también hace el artículo 31 de la Ley N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, que reza: “Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán poner a los adolescentes que se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, a disposición del juez de garantía, de manera directa y en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder de 24 horas. La audiencia judicial que se celebre gozará de preferencia en su programación. El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya



QMXEYXLDGC

**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

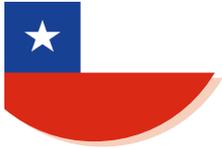
participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad".

Esta última norma, entonces, solo previene condiciones particulares para el procesamiento de adolescentes que se explican por tratarse de personas en desarrollo que requieren de un sistema legal que garantice una reacción penal adecuada a su condición que no les permite tomar decisiones con entera libertad ni comprender necesariamente las consecuencias procesales de las mismas, sobre todo cuando se ven enfrentados a persecución penal. La norma legal refuerza la garantía del debido proceso en su variante de la legalidad del procedimiento, en cuanto previene que el adolescente únicamente puede prestar declaración ante el Fiscal y en presencia de un defensor, ciertamente porque, cual ocurre según la regla general ya referida, habrá de declarar por interés propio. De allí que la participación del abogado defensor será indispensable en cualquier actuación que se requiera al adolescente y que exceda la mera acreditación de su identidad, cual no es lo que aconteció, pues al momento de la detención el joven, sin ninguna advertencia y luego de escuchar la incriminación de su madre, expresó que el arma le pertenecía.

Desde otro punto de observación, la actuación policial también generó indebidamente la autoincriminación del adolescente que recurre, al ignorar los aprehensores la pertinencia de la norma procesal antes transcrita, que les prohíbe todo interrogatorio que sobrepase la identificación personal cuando, como es el caso, se trata de imputados adolescentes.

En tales circunstancias, es evidente la falta de adecuación del procedimiento policial a la ley que lo regula, pues sólo correspondía obrar del



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

modo que la propia ley previene, esto es mediante el interrogatorio del Fiscal y en presencia de un abogado defensor.

**VIGÉSIMO:** Que los hechos ya referidos, desarrollados con ilegalidad según ha sido explicado, también importan transgresiones a la garantía constitucional del debido proceso, en cuanto esta comprende la legalidad del procedimiento. Ya ha sido declarado en esta sentencia que el interrogatorio al menor fue ejecutado con transgresión a la norma del artículo 31 de la Ley N° 20.084, que previene formalidades para tal diligencia. Dicha situación además vulnera la legalidad en cuanto condujo a una probanza obtenida al margen de las normas del proceso: la declaración del imputado en cuanto a su relación con el arma de fuego encontrada, pues la Policía estaba impedida de interrogarlo de la manera que lo hizo, en ausencia del Fiscal y del Defensor de la adolescente, tanto porque se contradecía la norma de procedimiento cuanto porque la inobservancia permitió la autoincriminación del adolescente. Tal hecho, entonces, es ilegal por todos estos motivos, y desconoce la mencionada garantía constitucional de debido proceso en su aspecto legalidad del procedimiento, conforme se ha venido razonando.

Finalmente, tal transgresión a dichos aspectos de la garantía constitucional de un racional y justo procedimiento es de carácter sustancial, porque de la lectura del fallo impugnado deriva que aquel antecedente permitió al acusador sostener los cargos y obtener sentencia condenatoria, por lo que es claro que tales circunstancias quedan subsumidas en la exigencia de trascendencia que fórmula la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.



QMXEYXLDGC

**CHILE**

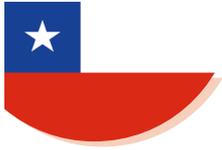
Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que la premisa en que se sustenta la causal impetrada por el sentenciado Matías Aranda Cavieres es que en la audiencia de juicio oral no se logró acreditar los supuestos fácticos del delito de tráfico de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades que describe y castiga el artículo 4 de la Ley N° 20.000, como quiera que éste se enmarca, indefectiblemente, en una intencionalidad de comerciar, de traficar, de enajenar el psicotrópico de que se trata, actitud que en el caso de Aranda no habría sido establecida.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que en esta materia la sentencia afirma en su considerando undécimo que *"se encuentran acreditados con la prueba rendida en juicio, referida latamente y del análisis coherente de las probanzas rendidas se concluye, sin lugar a dudas, que se trata de un delito de tráfico de sustancias ilícitas porque se probó que los acusados mantenían en su poder sin contar con las autorizaciones legales sustancia estupefaciente, por lo demás, cabe tener presente, que en nuestro país no existe ninguna persona natural o jurídica autorizada para portar, guardar, mantener, distribuir o vender tales sustancias ilícitas y las importaciones son autorizadas por el Instituto de Salud Pública con fines estrictamente analíticos y excepcionalmente con fines científicos, tal como lo indican los informes sobre tráfico y acción de la cocaína en el organismo. El delito de tráfico de drogas no sólo se limita a la venta de drogas, como erradamente se sostiene por algunas defensas, la venta es una forma de comisión del delito, pero no la única, por eso, no obstante, no existir pesas, papelillos, dinero u otros elementos para la dosificación, no significa que no se esté frente a un delito de tráfico de drogas, basta que se pruebe que una persona posea, guarde o*



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

*transporte droga sin las autorizaciones legales." Para luego afirmar en el motivo décimo tercero que "la defensa de Matías Aranda Cavieres sostuvo que su representado debía ser absuelto porque la cantidad que se le encontró es propia de un consumo privado, asegurando que probó el consumo de su defendido con los dichos de la testigo Gloria Carreño, quien precisó en estrados que por cahuines sabía que Matías consumía, nunca lo vio ni menos sabe cuánto consume. La sola utilización de la expresión cahuín por parte de la testigo, resta valor a sus dichos porque el significado de la palabra, según el diccionario de la RAE, edición del tricentenario, actualización 2020, "cahuín: 1. m. coloq. Chile. intriga ( || enredo). 2. m. coloq. Chile. Situación confusa. Es decir, no hay certeza, unido a la falta de otros antecedentes, no siendo, por cierto, suficiente que el acusado haya dicho que se encontraba internado en un centro de rehabilitación hace 4 días, no existe informe médico o del encargado del lugar, ni siquiera hay indicios físicos en el acusado que den cuenta de un consumo. La falta de elementos indiciarios de la venta de tráfico fue analizada al momento de referirnos a la calificación jurídica del delito."*

**VIGÉSIMO TERCERO:** Que conforme a su propio intitulado, la Ley 20.000 sanciona "el tráfico ilícito" de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

En general, su articulado revela la manifiesta intención de prohibir y, en su caso, castigar, los intentos de trascendencia de la vinculación que cualquiera tenga con psicotrópicas.

Para el derecho sancionatorio relativo a drogas, la alteridad es un baluarte insustituible. Se pune en la medida que ello alcanza o afecta a otro.



QMXEYXLDGC

**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

Es por eso que el artículo 3 de la preceptiva en análisis consigna que las penas que establece el artículo 1 se aplican, también, a quienes "trafiquen" con tales sustancias y a los que, por cualquier medio "induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias." No hace falta hurgar en el significado del verbo traficar para inferir su natural trascendencia; no se trafica consigo mismo. Al mismo tiempo, no presenta mayor dificultad la inteligencia de las formas verbales "inducir", "promover" o "facilitar" el uso o consumo de los elementos cuestionados.

En suma, siempre el legislador está avizorando el resultado perverso del que incurre en la mala y delictiva práctica de comercializar droga para un uso o consumo no legitimados terapéuticamente.

**VIGÉSIMO CUARTO:** Que lo anterior explica la redacción conferida al artículo 4 de la ley, que el fallo impugnado considera se ha configurado en el comportamiento de Matías Aranda Cavieres.

La figura atiende a aquel que no obstante carecer de autorización, posee, transporta, guarda o porta pequeñas cantidades de droga.

El tipo penal se encuentra ya descrito en el inciso segundo del artículo 3 pero, a diferencia del 4, en aquél no se discrimina cantidad. Entonces, el legislador se vio enfrentado a la posibilidad real de ocurrencia de personas que poseyesen o portasen pequeñas cantidades de droga con la única intención de usarla o consumirla ellas mismas en un tiempo próximo, lo que abrió la disyuntiva que aquí atañe.

Por algo el texto de la ley, en el inciso segundo y en el tercero de los artículos 3 y 4, respectivamente, comienza con las palabras "Se entenderá", lo que constituye una ficción que, por su naturaleza de tal, es análoga con una especie



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

de presunción; la convención social contenida en el mandato legislativo señaló que no obstante por sí mismo no estar vedado, se entenderá, se asumirá, se considerará, que lo está.

**VIGÉSIMO QUINTO:** Que siendo así, el legislador hubo de estatuir lo que caía por su propio peso, al enseñar en dicho inciso final del artículo 4 que no puede entenderse que hay "uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo... cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título."

Para que el porte o posesión de una cantidad pequeña de estupefaciente logre configurar el tipo penal del comentado artículo 4, es menester que ello se dé en un contexto circunstancial en el que dicho porte o posesión sean en sí mismos indiciarios del propósito comercializador.

En este sentido la Corte no puede hacer suyo el criterio plasmado en la sentencia atacada, en orden a que el portar y poseer gocen de un rango de auto suficiencia para acreditar el ilícito, lo que queda reiteradamente manifestado en la sentencia, para la cual basta que ellos queden acreditados, sin que sea necesaria la transferencia intentada o consumada.

**VIGÉSIMO SEXTO:** Que una primera idea que surge en torno al tema es que la resolución que se objeta dejó establecido que en poder de Matías Aranda Cavieres se halló 1,48 gramos de marihuana y 3,05 gramos de clorhidrato de cocaína, ambos pesos brutos.

Una segunda idea es que, concluido como lo habían dejado los juzgadores, que bastaba el hecho del porte y la posesión para configurar, desde luego, el tipo penal del artículo 4, no necesitaron escudriñar mayormente en lo que exige el



QMXEYXLDGC

**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

epílogo de ese precepto, a saber, si comparecían indicios suficientes para inferir el propósito traficante.

No obstante, ya en los alegatos de apertura la defensa de Matías Aranda Cavieres había dado a conocer al tribunal su condición de consumidor y la inexistencia de otras evidencias que dieran cuenta de alguna actividad de venta de droga, argumentos que reprodujo en la clausura, los que el tribunal desechó.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que de los considerados undécimo y décimo tercero, se constata que el fallo no se hace cargo, con el rigor que exige el juicio condenatorio, de lo que el acusado y su defensa, señalaron en torno a la tesis del consumo personal y próximo en el tiempo y a la inexistencia de evidencias que permitan sospechar de la actividad de comercialización de droga. En el razonamiento undécimo de la sentencia se afirma que la inexistencia de pesas, papelillos, dinero u otros elementos para la dosificación, no significa que no se esté frente a un delito de tráfico de drogas, pues basta que se acredite que una persona posea, guarde o transporte droga sin las autorizaciones legales para que se configure el delito.

**VIGÉSIMO OCTAVO:** Que como puede apreciarse, la resolución en alzada prescindió de un aspecto de la esencia del tipo penal, como lo es el descarte de que el porte y posesión de tan exigua muestra de cannabis sativa y clorhidrato de cocaína, atendido su contexto circunstancial, hayan sido indiciarios del propósito de traficar, que es, como se dijo, el leit motiv de la Ley N° 20.000 con miras al resguardo de la salud pública.



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

De esta manera, se ha infringido dicho artículo 4, por habérselo aplicado a los hechos del fallo ya reseñados, sin estricta sujeción a su contenido substantivo, lo que conduce a la Corte a acceder al resorte invalidatorio en estudio.

**VIGÉSIMO NOVENO:** Que conforme lo señalado resulta innecesario pronunciarse respecto de las causales subsidiarias esgrimidas en los recursos interpuestos por las defensas de Gonzalo Aranda Cavieres y Francisco Gutiérrez Espinoza.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letras a) y b), 376, 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que:

I.- Se acoge el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Gonzalo Esteban Aranda Cavieres y en consecuencia, se invalida la sentencia de uno de junio de dos mil veintiuno y el juicio oral que le antecedió, en el proceso RIT N° 14-2021, RUC N° 2000366566-7, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado.

II.- Se acoge el recurso de nulidad promovido por la defensa del imputado Francisco Ignacio Gutiérrez Espinoza y, en consecuencia, se anula la sentencia de uno de junio de dos mil veintiuno, pronunciada en la causa RUC N° 2000366566-7, RIT N° 14-2021, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, y se invalida, asimismo, el juicio oral que le sirvió de antecedente, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse un nuevo juicio ante el tribunal no inhabilitado que corresponda, excluyéndose del auto de apertura del juicio los testigos funcionarios policiales Rodrigo Valdebenito Tudela y Viviana Echeverría Mayea.



QMXEYXLDGC

**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

III.- Se acoge el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Matías Amadil Aranda Cavieres y, en consecuencia, se anula la sentencia de uno de junio de dos mil veintiuno y el juicio oral que le antecedió, en la causa RUC 2000366566-7, RIT 14-2021, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, por lo que se procederá a dictar a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

**Acordado con el voto en contra de los Ministros señor Valderrama y señora Letelier**, quienes estuvieron por rechazar el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de Matías Aranda Cavieres fundado en la causal contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por las siguientes consideraciones:

1°) Que, en cuanto a la causal invocada por el imputado Matías Aranda Cavieres en cuanto a la aseveración de ser el acusado consumidor de sustancias estupefacientes necesariamente ha de asimilarse a la demostración, mediante la prueba de descargo que se rinda en la audiencia, de la alegación concreta de esa clase de uso. Lo contrario, esto es, la determinación de su concurrencia sin antecedentes que la evidencien, no está permitido a los sentenciadores del tribunal oral en lo penal que, insertos en un sistema adversarial, deben atenerse, para resolver la imputación efectuada por el Ministerio Público, a las alegaciones efectivamente realizadas en el proceso y a la evidencia rendida, que debe estudiarse conforme ordena el artículo 297 del Código Procesal Penal.

2° Que en el caso concreto, resulta que el acusado alegó un uso personal exclusivo y próximo en el tiempo. Esta alegación fue explicada mediante su declaración en juicio como medio de defensa y la declaración de una testigo,



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

vecina del imputado, quien afirma, entre otras cosas, que nunca lo vio consumir, más no fueron acompañadas de otra actividad probatoria que sustente tales asertos, tal como indica la sentencia recurrida en su motivo décimo tercero. En esas circunstancias, y conforme con lo que se ha ido señalando, no puede estimarse suficiente para justificar el consumo de las sustancias encontradas en su poder, la mera afirmación de tal circunstancia, hecha en el contexto de la teoría del caso de la defensa, pero desprovista de evidencias que confirmen dicha aseveración. A esto cabe añadir que, conforme fue asentado por los sentenciadores, el contexto en que el acusado fue detenido y la cantidad de droga encontrada en su poder, permiten descartar tal alegación, así como estimar que por el hecho de encontrarse en su poder las sustancias estupefaciente sin contar con autorización para ello, era suficiente para acreditar la existencia del delito, más aún, si se considera que no fue acreditada la circunstancia que el acusado presentara un consumo problemático.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Dahm y de la disidencia, sus autores.

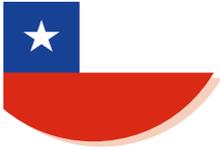
Rol N° 39.732-2021.

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ  
MINISTRO  
Fecha: 04/04/2022 13:29:24

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA  
REBOLLEDO  
MINISTRO  
Fecha: 04/04/2022 13:03:51



QMXEYXLDGC



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN  
MINISTRO

Fecha: 04/04/2022 13:29:25

LEOPOLDO ANDRES LLANOS  
SAGRISTA  
MINISTRO

Fecha: 04/04/2022 13:29:25

MARIA TERESA DE JESUS LETELIER  
RAMIREZ  
MINISTRA

Fecha: 04/04/2022 13:29:26



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S., María Teresa De Jesús Letelier R. Santiago, cuatro de abril de dos mil veintidós.

En Santiago, a cuatro de abril 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.



QMXEYXLDGC

**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

Sentencia de reemplazo

Santiago, a cuatro de abril 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:**

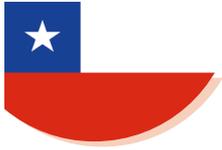
De la sentencia de uno de junio de dos mil veintiuno pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Quillota, se mantiene su parte expositiva y sus considerandos primero a décimo, eliminándose todo lo demás, y de la sentencia de nulidad se reproducen los motivos vigésimo segundo a vigésimo séptimo.

**Y considerando:**

1º) Que aun cuando se ha demostrado que el acusado Matías Amadil Aranda Cavieres, careciendo de la debida autorización, mantenía en su poder 1,48 gramos de marihuana y 3,05 gramos de clorhidrato de cocaína, ambos pesos brutos, la conducta del imputado no puede ser calificada aisladamente sin considerar el lugar en que fue encontrada (dormitorio) y sin que existieran otros elementos que sean empleados para su dosificación, así como la cantidad de la misma.

2º) Que de ese modo, el consumo que se haría de la droga debe calificarse como uno de carácter "personal exclusivo", sin poner en riesgo a una cantidad indeterminada o al menos considerable de individuos, como tampoco a la distribución descontrolada de la sustancia en cuestión.



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

## Jurisprudencia

3°) Que encontrándose justificado en estos autos que el acusado tenía las sustancias estupefacientes para ser consumida por él, no se puso en riesgo el bien jurídico protegido por el artículo 4 de la Ley N° 20.000.

4°) Que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 2, 14, 15 y 16 del Código Penal; 1 y 4 de la Ley N° 20.000; 48, 373 letra b) y 385 del Código Procesal Penal, se declara que:

I.- Se absuelve a Matías Amadil Aranda Cavieres de la acusación que le fuera formulada por el Ministerio Público de ser autor del delito de tráfico de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en los artículos 1 y 4 de la Ley N° 20.000.

II.- Se exime del pago de las costas al Ministerio Público por estimar que tuvo razones plausibles para someter a enjuiciamiento al acusado.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señor Valderrama y señora Letelier**, quienes en consideración a lo expuesto en su disidencia del fallo de nulidad, estuvieron por sancionar al imputado Matías Amadil Aranda Cavieres como autor del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades, en la forma que lo hace el fallo impugnado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Dahm y de la disidencia, sus autores.

N° 39.732-2021.



XCDPYXGFGC



**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ  
MINISTRO

Fecha: 04/04/2022 13:29:28

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA  
REBOLLEDO

MINISTRO

Fecha: 04/04/2022 13:03:52

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN  
MINISTRO

Fecha: 04/04/2022 13:29:29

LEOPOLDO ANDRES LLANOS  
SAGRISTA

MINISTRO

Fecha: 04/04/2022 13:29:29

MARIA TERESA DE JESUS LETELIER  
RAMIREZ

MINISTRA

Fecha: 04/04/2022 13:29:30



XCDPYXGFGC

**CHILE**

Rol N° 39.732-2021

Jurisprudencia

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S., María Teresa De Jesús Letelier R. Santiago, cuatro de abril de dos mil veintidós.

En Santiago, a cuatro de abril 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.



XCDPYXGFGC

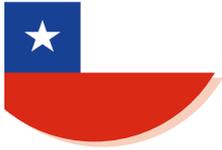
**CHILE**

SCS Rol N° 84.247-2021

Fallos Remitidos

**FALLO REMITIDO**

<b>País</b>	Chile
<b>Tribunal</b>	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua
<b>Materia</b>	Penal
<b>Intervino La Defensoría Pública Oficial</b>	No
<b>Datos del Defensor/a Público y Defensoría que intervino</b>	No aplica
<b>Derechos involucrados</b>	Derecho a defensa, derecho a ser oído, presunción de inocencia y el derecho a controlar la prueba de cargo
<b>Breve relación de los hechos</b>	La Fiscalía decretó, respecto de los enrolados la reserva de su identidad, identificándolos solo por las iniciales de sus nombres, insertando sus declaraciones en la carpeta respectiva.
<b>Fundamentos de Derecho</b>	La infracción denunciada por la defensa consiste en la imposibilidad de tener cabal noción de las identidades de los testigos. Que el instituto de los testigos protegidos o con reserva de identidad se encuentra reglamentado en los artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal normativa que tiene su correlato en cuerpos penales especiales como la Ley N° 18.314, en su artículo 15 y siguientes; o la Ley 20.000, en los artículos 30 a 35.
<b>Contexto social y económico del caso</b>	Fallas en el programa de testigos protegido
<b>Instancia procesal en la que se emite la sentencia / fallo</b>	Recurso de nulidad, Corte Suprema.
<b>Instrumento y/o criterio internacional invocado</b>	Artículos 7, 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8°, apartado 1° del Pacto de San José de Costa Rica; 2 y 14, apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
<b>Medidas de reparación integral adoptadas</b>	No aplica
<b>Sentencia/Fallo</b>	SCS Rol N° 84.247-2021 Que la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal supone, para su aceptación, una infracción sustancial producida en el procedimiento o en la dictación de la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

**CHILE**

SCS Rol N° 84.247-2021

Fallos Remitidos

Que los indicios hacen concluir - que se han reunido los elementos suficientes, para tener por acreditada la participación culpable de Pedro Salgado Colil, en calidad de autor de los delitos que se le atribuyen, más allá de toda duda razonable

- La infracción de garantías fundamentales denunciada por el recurrente carece de la sustancialidad exigida por el legislador y, consecuentemente, lleva al rechazo de la causal de nulidad en estudio.

- Que las argumentaciones antes vertidas sirven también para desestimar el primer motivo subsidiario de nulidad invocado por el recurrente, respecto de la supuesta afectación del derecho a defensa

- Que, en lo relativo a la segunda causal subsidiaria de nulidad hecha valer por la defensa del acusado hecha consistir en la ausencia de fundamentación del fallo impugnado, es preciso indicar que, de su sola lectura, es posible colegir que a través de su reclamo lo que se pretende es revertir una calificación jurídica no compartida por las defensas, mas no la inexistencia de "La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dicha conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297" por lo que la medida no puede prosperar

**Votación por la que fue adoptada** Por mayoría. 4/1

**Votos concurrentes o disidentes:** Votos concurrentes: Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos.  
Votos disidentes Ministra Sra. María Teresa Letelier R.

**Otros datos de interés:** <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/05/1.1.-CS-ROL-N%C2%B084.247-2021.pdf>

**CHILE**

Rol N° 84.247-2021

Jurisprudencia

Santiago, veintisiete de abril de dos mil veintidós.

**Vistos:**

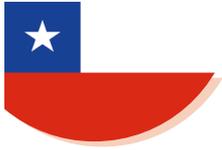
En esta causa Ruc N° 2010033799-2 y RIT 398-2021, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, por sentencia de catorce de octubre de dos mil veintiuno, se condenó a Pedro Salgado Colil, a cumplir la pena de diez (10) años y un (1) día de presidio mayor en su grado medio y accesorias legales, como autor del delito consumado de homicidio simple, cometido en esta jurisdicción el día 17 de septiembre de 2017, en contra de Héctor Igor Huerta Carrasco y a la sanción de sesenta y un (61) días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias legales, por su responsabilidad como autor del delito de lesiones menos graves, en grado de consumado, cometido en esta jurisdicción el día 17 de septiembre de 2017, en perjuicio de la ofendida de identidad reservada JAVP. Pena corporal de cumplimiento efectivo.

En contra de las mencionadas decisiones, la defensa del encausado interpuso recurso de nulidad, el que se conoció en audiencia pública de siete de abril de dos mil veintidós, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy.

**Y considerando:**

**Primero:** Que el recurso sustenta como causal principal de nulidad, aquella prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en los artículos 19 N° 2 y 3, incisos 2 y 6 de la Constitución Política de la República; 7, 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8°, apartado 1° del Pacto de San José de Costa Rica; 2 y 14, apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 182 y 307 y siguientes del Código Procesal Penal. Estimando conculcadas las garantías fundamentales del



**CHILE**

Rol N° 84.247-2021

## Jurisprudencia

debido proceso, de igualdad ante la ley y de igualdad en el ejercicio legítimo de sus derechos.

Refiere que acorde a las prerrogativas que se le conceden al persecutor en el compendio antes citado, en el ámbito de protección a testigos, la Fiscalía decreto respecto de los enrolados la reserva de su identidad, identificándolos solo por las iniciales de sus nombres, insertando sus declaraciones en la carpeta respectiva.

Expone que la actuación policial se torna trascendental en toda pesquisa y ella comprende el reclutamiento de los probables testigos de toda índole que hubieren presenciado o tomado conocimiento de alguna forma de los sucesos que se indagan, siendo relevante que su registro sea coetáneo y próximo en el tiempo a la comisión del ilícito que se investiga.

Explica que habiendo asumido las gestiones policiacas el funcionario Reyes Gutiérrez, comparecen espontáneamente a su presencia otros testigos, días después de haberse suscitado los hechos, absolutamente ausentes e ignorados en el padrón primigenio, quienes prestan testimonio ante su presencia y luego en sede de la Fiscalía, los cuales no fueron identificados de manera alguna, asignándoles la Fiscalía meramente un número, sindicándolos como testigos números 1, 2, 3, 4, 5 y 6, en relación a los cuales, en momento alguno de la sustanciación se pudo tomar conocimiento de su verdadera identidad, reserva que se mantuvo hasta su comparecencia a estrados.

Sin perjuicio de que los atestados de los referidos testigos se insertaron en la carpeta Fiscal y pudieron ser conocidos por la defensa, ellos emanaban en estricto rigor de personas desconocidas que se autoproclamaron como testigos del hecho, a pesar de no haberse incluido en la nómina de aquellos que fueron empadronados al inicio del despliegue policial, circunstancia singular que de



WZNQZDWSWG



CHILE

Rol N° 84.247-2021

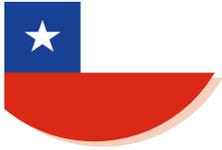
Jurisprudencia

manera evidente generó un grave perjuicio procesal, en atención a que no obstante que se conoció lo por ellos declarado, no es menos cierto que la imposibilidad de tener cabal noción de sus identidades, acorde a la teoría del caso enarbolada desde el apertura por la defensa, conocer sus identidades resultaba un factor trascendental, puesto que el trasfondo de las imputaciones que se efectuaron a Salgado Colil, decían relación con una especie de *vendetta* que habría incentivado su actuar por la eventual intervención del occiso en la agresión que había sufrido con antelación su hermana, hecho por el cual los integrantes del círculo del fallecido, Ariel Cabello, quien se encuentra en la actualidad cumpliendo una condena efectiva, pudiendo constatarse al escucharse los testimonios de los testigos numerarios, específicamente el correspondiente al número 6 que además es el único que singularmente ilustra el actuar de Salgado Colil en el interior de la fonda, que éste era un sujeto cercano al entorno del occiso y a Cabello a través de quien éste último le habría ofrecido a la familia del enjuiciado un importe económico a fin de que se abstuvieran de atestiguar en el juicio sustanciado en contra del agresor de su hermana Valentina, como lo asevero el propio enjuiciado y la testigo Cecilia Salgado Colil.

El tribunal, como se ha indicado, dio por acreditada la intervención del enjuiciado haciendo exclusivamente hincapié en lo declarado por los testigos numerados, prescindiendo del análisis de todos los presupuestos antes referidos, en especial de su origen espurio y la no entrega de sus identidades, vulnerando de esta forma los derechos del encartado de marras en la forma argüida precedentemente.

Pide, acogerlo y anular tanto el fallo como el juicio oral, restableciendo la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral, excluyéndose del auto de



**CHILE**

Rol N° 84.247-2021

Jurisprudencia

apertura los testigos sin identificación enumerados como testigos n° 1, 2, 3, 4, 5 y 6.

**Segundo:** Que, como primera causal subsidiaria invoca la circunstancia primera del artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal, esto es haber impedido a la defensa ejercer las facultades que por ley le asisten.

Que de lo analizado en los motivos sexto, séptimo y décimo de la sentencia recurrida, en relación a lo esgrimido como sustento de la causal principal, se desprende que la decisión del tribunal se basó únicamente en los dichos aportados por los deponentes numerarios, específicamente en aquellos que ostentaban los números 5 y 6, cuyos atestados se consignan en el primer basamento indicado, a los que se les otorga una plena credibilidad, en especial al último de los referidos. Se le impidió a la defensa en base al hermetismo reparado, demostrar de manera más palmaria tales singulares vicisitudes, no en virtud de una ausencia de actividad reclamando aquello, sino que propiamente en consideración a la reserva absoluta de las identidades de los testigos en comento durante todo el transcurso de la pesquisa, desconociéndose su género, edad y nombres, circunstancia que no subsanó la Fiscalía a pesar de lo dictaminado en múltiples audiencias de cautela de garantías instadas al efecto, privándose de esta forma de la opción de contrastarlos o anexar prueba vinculada con un presunto pre establecimiento probatorio,

Se colige indefectiblemente de lo inferido que a la defensa implícitamente se le impidió en base a la reserva incólume de los testigos que sirvieron de base a la incriminación culpable, ejercer los derechos correspondientes durante la secuela del juicio, en la forma que se ha explicitado precedentemente, enmarcándose tal situación en la hipótesis de invalidación que se ha invocado



WZNQZDWSWG

**CHILE**

Rol N° 84.247-2021

Jurisprudencia

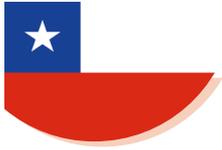
como primera causal subsidiaria, haciéndose procedente la nulidad del dictamen reseñado y el juicio del que derivó.

Pide, acogerlo y anular tanto el fallo como el juicio oral, restableciendo la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral.

**Tercero:** Como segunda causal subsidiaria alega la circunstancia segunda del Artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal en relación a los artículos 297 y 342 letra c) del mismo cuerpo de leyes, esto es, la ausencia de fundamentación.

Expone que, del laudo en cuestión para cuyas inferencias incriminatorias se utilizaron exclusivamente los dichos de los testigos sindicados como los números 5 y 6, cuyos atestados han sido objeto de la censura y sustento de la nulidad primordial y primera subsidiaria que se han ejercitado, de cuya lectura es factible develar inconsistencias insalvables en el sentido de develarse la ausencia manifiesta de una fundamentación correcta de lo decidido, denotándose discrepancias entre lo apreciado por el Tribunal y lo resuelto, en lo que respecta a la convicción de culpabilidad del encartado en el injusto que fue materia del juzgamiento, constatándose contrariedades que develan que la ponderación efectuada por los juzgadores fue anómala, distante de los axiomas de la lógica, máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, los que como se ha anotado, conforman las pautas mínimas que regulan la faena cognitiva de la estima probatoria encargada a aquellos, circunstancia que hace que en el laudo en examen se vea sustancialmente afectado el principio de razonabilidad o razón suficiente, al advertirse en el mismo una falta de fundamentación tendiente a explicitar convincentemente y no en la forma indeterminada que lo verificaron, el razonamiento que se usó para concluir el juicio de condena respecto de González Colil por el ilícito en comento.



**CHILE**

Rol N° 84.247-2021

## Jurisprudencia

Pide, acoger el recurso y anular fallo y juicio oral, restableciendo la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral.

**Cuarto:** Que, como se advierte, la causal principal del recurso interpuesto denuncia la configuración de la hipótesis de nulidad fundada en el agravio a la garantía constitucional del debido proceso, en sus aristas del derecho a defensa.

Al respecto, esta Corte ya ha señalado que es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y el artículo 19, N° 3°, inciso sexto de esa Carta Fundamental, confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En torno a los tópicos que contempla el derecho al debido proceso, este tribunal ha sostenido que a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y las leyes que 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, que se dicten veredictos motivados o fundados, etcétera. Así, entonces, no hay discrepancias en aceptar que sin duda el derecho al debido proceso está integrado por la obligación de respetar los procedimientos fijados en la ley, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente de acuerdo a una serie de actos de carácter formal y preestablecidos, que den garantías del respeto de la presunción de inocencia, la independencia del tribunal, la igualdad entre las partes y la protección de los intereses del afectado. Este interés debe ser tutelado por el Ministerio Público como órgano predispuesto por el



WZNQZDWSWG

**CHILE**

Rol N° 84.247-2021

Jurisprudencia

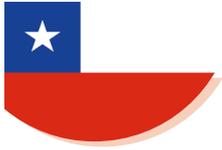
Estado precisamente con ese propósito, que incluye por cierto la promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, de manera que no abandone su posición equidistante de las partes y desinteresada respecto del objeto de la causa;

**Quinto:** Que, por otra parte, los elementos del debido proceso también han sido desarrollados mediante la incorporación al procedimiento de una serie de resguardos tendientes a garantizar que el imputado goce, desde el momento en que se le atribuya participación en un hecho punible, de una serie de derechos que materialicen el respeto de la presunción de inocencia que lo ampara y la igualdad de armas, entre los cuales se encuentra el ser oído, que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan para ejercer adecuadamente su derecho a defenderse de todos los hechos y circunstancias que se le imputan y formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa, el derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo, a probar los hechos que él invoca, y la prohibición de ser sancionado por presupuestos diversos de los contenidos en la formalización y en la acusación, aspectos -entre otros- que han sido consagrados en los artículos 8, 93, 229, 259, 270 y 341 del Código Procesal Penal.

**Sexto:** Que en relación al agravio a la garantía del debido proceso, esta Corte ha resuelto uniformemente que su agravio debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso.

Asimismo, se ha dicho que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido



**CHILE**

Rol N° 84.247-2021

## Jurisprudencia

proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento. (SCS Roles N° 2866-2013, N° 4909- 2013, N° 21408-2014, N° 4269-19, N° 76689-20, N° 92059-20 y N° 112392-20)

Que, en este entendido, la declaración de nulidad requiere que sea formalmente establecida alguna actuación defectuosa que sirva de fundamento a la invalidez, pues de ésta han de derivar las consecuencias lesivas para el ejercicio de los derechos de que se trate, y que a estos efectos se entiendan vinculados al artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

**Séptimo:** Que a mayor abundamiento la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal supone, para su aceptación, una infracción sustancial producida en el procedimiento o en la dictación de la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

La doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que la infracción de derechos o garantías sea sustancial, implica que no toda vulneración determina automáticamente la nulidad del juicio oral y la sentencia, sino que ésta debe ser de tal entidad que comprometa los aspectos esenciales de la garantía, decisión que debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad. En otros términos, la afectación constitucional alegada debe perjudicar en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente y no ser de una importancia secundaria o que no tenga importancia alguna para él (*Horvitz-López, Derecho Procesal Penal Chileno, T.II, pp. 414-415*).





CHILE

Rol N° 84.247-2021

Jurisprudencia

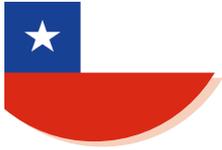
Estas opiniones han sido compartidas por esta Corte en innumerables pronunciamientos pretéritos, al dictaminar que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso (*SCS Roles N° 1.237-2010, de 17 de mayo de 2010 y N° 45.313-2021, de 4 de febrero de 2022*).

Se ha expresado también que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.

**Octavo:** Que se debe tener presente que los sentenciadores en el considerando décimo de la sentencia recurrida, a efectos de atribuir la participación del acusado, han tenido la declaración del testigo signado con el número 6 como determinante, en efecto de una atenta lectura de la argumentación dada por los sentenciadores, el testigo en referencia es el único que habría visto al sentenciado sacar el arma y disparar contra las víctimas, siendo la única fuente directa de tal acontecimiento y en base a dicho testimonio se le atribuye participación en calidad de autor al encartado.

Así las cosas, la infracción denunciada por la defensa consistente en la imposibilidad de tener cabal noción de las identidades de los testigos identificados solo con un guarismo, en especial aquel asignado con el número 6, conforme la teoría del caso enarbolada desde el apertura por la defensa, conocer sus



**CHILE**

Rol N° 84.247-2021

## Jurisprudencia

identidades resultaba un factor trascendental, dada las supuestas rencillas previas entre bandas rivales y un supuesto motivo personal, lo anterior se traduce en un perjuicio que es trascendental, ya que el único medio probatorio en que se funda la participación del acusado, es el signado con el número 6 y dada la forma en que fue individualizado se restringió el derecho de defensa.

**Noveno:** Que el instituto de los testigos protegidos o con reserva de identidad se encuentra reglamentado en los artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal, permitiendo la adopción de las medidas que las normas citadas contemplan “*en casos graves y calificados...*” por “ *... el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario*”, normativa que tiene su correlato en cuerpos penales especiales como la Ley N° 18.314, en su artículo 15 y siguientes; o la Ley 20.000, en los artículos 30 a 35 y no se encuentra restringida sólo a la época de la investigación, sino que también puede extenderse a sus fases posteriores e incluso hasta después de su término, todo ello como expresión de la obligación del Ministerio Público – Estado- de proteger a víctimas y testigos.

Así, entonces, admitida por el ordenamiento jurídico la posible colisión entre el derecho a la protección de testigos y el de la defensa, lo relevante a efectos de desentrañar una efectiva conculcación de los derechos del acusado radica en las motivaciones para conceder la protección solicitada.

En la especie el tribunal en su considerando décimo, al hacerse cargo de la alegación de la defensa, da razones de carácter genérico, pero no se da cuenta de manera específica de los motivos que justificaban tal medida, ello es relevante, toda vez que el instituto de la reserva de identidad es de carácter excepcional, por lo que al limitar el derecho de defensa debe existir necesariamente una razón, infringiendo con ello el deber de fundamentación que exige el artículo 36 del



**CHILE**

Rol N° 84.247-2021

Jurisprudencia

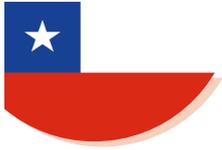
Código Procesal Penal, obligación que no se satisface con referencias formales de compartir o adherir a la tesis de alguno de los intervinientes ni con la mera enunciación de citas legales si no se dota de contenido a la decisión en términos, de indicar, en cada caso y con precisión, cuáles son los fundamentos de hecho y de derecho que fundan las resoluciones adoptadas, de esta manera no solo se explicitan las razones, sino que además se permite determinar la proporcionalidad de la medida.

Así las cosas, la forma de protección de los testigos mediante su identificación con un simple número aparece como arbitraria, de modo que no puede considerarse como un medio de prueba idóneo para fundar la participación del sentenciado, infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, debiendo retrotraerse la tramitación de la causa al estado que se determinará en lo resolutivo del presente fallo.

**Décimo:** Que, habiéndose acogido la causal principal del arbitrio de nulidad deducido por la defensa del encartado, al tenor de lo preceptuado en el artículo 384 del Código Procesal Penal, resulta innecesario pronunciarse respecto de los motivos subsidiarios en que el mismo se sustenta.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 377 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la defensa a favor de Pedro Salgado Colil y en consecuencia, **se invalidan** tanto la sentencia de catorce de octubre de dos mil veintiuno, como el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT 398-2021y RUC: 2010033799-2 del Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, y se retrotrae la causa al estado de realizarse nuevamente la audiencia de preparación de juicio oral, debiendo el Ministerio Público *-previo a su realización-*, proporcionar a la defensa la identidad de los testigos protegidos singularizados con los N<sup>os</sup> 1, 2, 3, 4, 5 y 6 en la acusación fiscal.



**CHILE**

Rol N° 84.247-2021

## Jurisprudencia

**Acordada con el voto en contra de la Ministra Sra. Letelier**, quien estuvo por rechazar íntegramente el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Salgado Colil, teniendo presente para ello los siguientes fundamentos:

1.- Que la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal supone, para su aceptación, una infracción sustancial producida en el procedimiento o en la dictación de la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Conforme a lo anterior no toda vulneración determina automáticamente la nulidad del juicio oral y la sentencia, sino que ésta debe ser de tal entidad que comprometa los aspectos esenciales de la garantía, decisión que debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad.

2.- Que, en ese entendido, no obstante no encontrarse plenamente justificado que se haya impedido a la defensa conocer la identidad de los testigos singularizados con los N°s 1, 2, 3, 4, 5 y 6 en la acusación fiscal, no puede obviarse que de la simple lectura de los fundamentos noveno y décimo del fallo en revisión, se colige que la declaración del deponente N° 6 estuvo lejos de ser el único antecedente tenido en vista por los juzgadores del grado para establecer la responsabilidad del acusado en los ilícitos que se le atribuyeron, desvirtuándose con ello lo argumentado por la defensa en su impugnación.

Es así como la testigo de iniciales C.D.L.A.S.M. *–amiga del occiso y recepcionista del servicio de urgencia donde éste fue ingresado-*, refiere que terceros le señalaron que el autor de los disparos que le causaron la muerte fue el sujeto apodado “El Huevo”, justamente el apodo que porta el encartado; por su parte, el deponente de iniciales LAIC *–primo del ofendido-* expuso que éste tenía problemas anteriores con el acusado y que presenció que este último amenazó a su primo en una discoteque, una semana antes de la ocurrencia de los hechos; a



WZNQZDWSWG



CHILE

Rol N° 84.247-2021

Jurisprudencia

su vez la declarante signada con el N° 5 en la acusación del ente persecutor – *encontrándose en compañía del testigo N° 6 en el lugar de ocurrencia de los hechos-*, no obstante haber declarado en la investigación haber visto quien fue el autor de los disparos, aportando sus características físicas y de vestuario, en el juicio se desdijo, sin dar verdaderas razones para su retractación, siendo contrastada por el fiscal en tal sentido. Lo mismo ocurre con el deponente de iniciales J.J.A.A. y con la testigo referida con el N° 2 en el auto de apertura del juicio oral.

Es decir, resulta evidente que la participación del encartado en los delitos que se le imputan fue determinada en base a múltiples indicios, precisos y concordantes entre sí, los que por cierto encuentran correlato en la declaración del tantas veces mencionado testigo N° 6, siendo falaz la premisa vertida en el recurso de nulidad, en orden a que el atestado de este último habría sido la única probanza que permitía vincular al acusado con la comisión de los hechos punibles investigados.

3.- Que los indicios antes referidos, hacen concluir –*sin lugar a dudas-* que se han reunido los elementos suficientes, para tener por acreditada la participación culpable de Pedro Salgado Colil, en calidad de autor de los delitos que se le atribuyen, más allá de toda duda razonable, como lo exige el artículo 340 del Código Procesal Penal.

4.- A mayor abundamiento la motivación de la sentencia hecha por los jueces del grado, en el fallo que se impugna, permite conocer las razones que sustentan su decisión de condena, fundamentación que esta disidente comparte. En efecto, de ella se desprende con claridad, las razones que tuvo el tribunal del grado, para estimar probada la participación que al encartado le cupo, en calidad de autor de los hechos establecidos por el tribunal.



**CHILE**

Rol N° 84.247-2021

## Jurisprudencia

5.- Que, en consecuencia, la infracción de garantías fundamentales denunciada por el recurrente carece *–para la disidente–* de la sustancialidad exigida por el legislador y, consecuencialmente, lleva al rechazo de la causal de nulidad en estudio.

6.- Que las argumentaciones antes vertidas sirven también para desestimar el primer motivo subsidiario de nulidad invocado por el recurrente, respecto de la supuesta afectación del derecho a defensa *–en cuanto se le habría impedido ejercer las facultades que por ley le asisten–*, la que se funda en las mismas alegaciones que sirven de basamento a la reclamación principal del arbitrio en análisis.

7.- Que, en lo relativo a la segunda causal subsidiaria de nulidad hecha valer por la defensa del acusado, esto es, la prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 297 y 342 letra c) del mismo cuerpo normativo, hecha consistir en la ausencia de fundamentación del fallo impugnado, sin perjuicio de reiterar la ya señalado en el motivo 4°, es preciso indicar que, de su sola lectura, es posible colegir que a través de su reclamo lo que se pretende es revertir una calificación jurídica no compartida por las defensas, mas no la inexistencia de *“La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dicha conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”* como contempla la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, por lo que careciendo de sustento el motivo de nulidad en comento, en opinión de esta disidente, el mismo no podrá prosperar.

Redacción a cargo de la Ministra señora María Teresa Letelier Ramírez.

Regístrese y devuélvase.



**CHILE**

Rol N° 84.247-2021

Jurisprudencia

**Rol N° 84.247-2021**

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y Sra. María Teresa Letelier R. No firma el Ministro Sr. Valderrama, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ  
MINISTRO

Fecha: 27/04/2022 14:11:37

JORGE GONZALO DAHM OYARZUN  
MINISTRO

Fecha: 27/04/2022 14:11:37

LEOPOLDO ANDRES LLANOS  
SAGRISTA  
MINISTRO

Fecha: 27/04/2022 14:11:38

MARIA TERESA DE JESUS LETELIER  
RAMIREZ  
MINISTRA

Fecha: 27/04/2022 14:11:38



**CHILE**

Rol N° 84.247-2021

Jurisprudencia

En Santiago, a veintisiete de abril 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.



WZNQZDWSWG



**ECUADOR**

---

**BLODEPM**

Bloque de Defensores Públicos  
Oficiales del Mercosur

---



**ECUADOR**  
CASO 13-18-CN  
Fallos Remitidos

## FALLO REMITIDO

<b>País</b>	Ecuador
<b>Tribunal</b>	Corte Constitucional del Ecuador
<b>Materia</b>	Penal
<b>Intervino la defensoría pública oficial</b>	En calidad de amicus curiae, se notifica a boletaspichincha@defensoria.gob.ec.
<b>Datos del defensor/a público</b>	N/A
<b>Derechos involucrados</b>	Derecho a la salud, derecho de los niños y adolescentes, derecho de los niños y adolescentes a un desarrollo integral, derecho a la igualdad formal y material, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a elegir su orientación sexual, derechos a la intimidad personal y familiar.
<b>Breve relación de los hechos</b>	<p>1. El 06 de abril de 2018, el señor J.P.P presentó una denuncia en contra del adolescente D.G., por el presunto delito de violación a su hija adolescente S.N.D.C.</p> <p>2. El 27 de agosto de 2018, el fiscal de Adolescentes Infractores de Quito solicitó al juez de la Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con sede en el Distrito Metropolitano de Quito elevar en consulta el expediente del proceso ante la Corte Constitucional, con el fin de que se determine la constitucionalidad del artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, "COIP").</p> <p>3. El 17 de octubre de 2018, el juez de la Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con sede en el Distrito Metropolitano de Quito (en adelante, "la judicatura consultante") resolvió elevar el expediente en consulta ante la Corte Constitucional, a fin de que se resuelva sobre la constitucionalidad del artículo 175 numeral 5 del COIP, que establece que "(...) en los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante"</p>
<b>Fundamentos de derecho</b>	Corte Constitucional
<b>Contexto social y económico del caso</b>	<p>Art. 32. Derecho a la salud.</p> <p>Art. 44. Derecho de los niños y adolescentes.</p> <p>Art. 45. Derecho de los niños y adolescentes a un desarrollo integral.</p> <p>Art. 66. 4. Derecho a la igualdad formal y material.</p> <p>Art. 66. 5. Derecho al libre desarrollo de la personalidad.</p> <p>Art. 66. 9. Derecho a elegir su orientación sexual.</p> <p>Art. 66. 20. Derechos a la intimidad personal y familiar</p>



**ECUADOR**  
CASO 13-18-CN  
Fallos Remitidos

**Contexto social y económico del caso**

En el caso se trata de adolescentes que mantienen relaciones sexuales entre ellos, y producto de esta relación queda embarazada la menor de edad, consecuentemente el padre de la menor presenta una denuncia por violación.

**Instancia procesal en la que se emite la sentencia**

Corte Constitucional del Ecuador

**Instrumento y/o criterio internacional invocado**

CIDH, Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalidad en las Américas, párr.41.

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54. Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párrs. 119 y 120; Comité CEDAW, Recomendación general No 24 (1999), Las mujeres y la salud, párr. 12.

UNICEF Ecuador. Dossier informativo sobre la campaña #AhoraQueLoVes #DiNoMás, agosto de 2017.

Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 120.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia No. T-159/19 y sentencia No. T-732/09; Tribunal Constitucional de Perú, expediente No. 00008-2012-PI/TC, párr. 20.

Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 129; Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, párr. 141; Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 157.

Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párrs. 109 y 166.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 2.

Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 124; CIDH, Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalidad en las Américas párr.44.



**ECUADOR**  
CASO 13-18-CN  
Fallos Remitidos

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párrafo 129; CIDH, Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalidad en las Américas, párr.44.

Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 139; Comité DESC, Observación General No. 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrs. 9 y 49; Naciones Unidas, Serie de Información sobre Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos, Adolescentes.

Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 208 54 CIDH, Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalidad en las Américas, párr. 261

Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 139; Comité DESC, Observación General No. 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrs. 9 y 49.

Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 139.

Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 181.

Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párrs. 129-131; Escrito de amicus curiae presentado por el Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos "SURKUNA".

Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 181. 71 Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párrs. 129-131; Escrito de amicus curiae presentado por el Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos "SURKUNA".

**Medidas de reparación  
integral adoptadas**

Ordenar que la Fiscalía General del Estado, el Consejo de la Judicatura y la Defensoría Pública y el Consejo de Igualdad Intergeneracional, en el término de 10 días contados desde la notificación de la presente



**ECUADOR**  
CASO 13-18-CN  
Fallos Remitidos

sentencia, difundan la sentencia a las y los fiscales de adolescentes infractores, a las y los jueces de adolescentes infractores, a las y los defensores públicos, y a los consejos cantonales de protección de derechos, respectivamente. La Fiscalía General del Estado, el Consejo de la Judicatura, la Defensoría Pública y el Consejo de Igualdad Intergeneracional, a través de su representante y en el mismo término de 10 días, deberán remitir a la Corte Constitucional los documentos que justifican la difusión de la presente sentencia.

Disponer que la Fiscalía General del Estado, el Consejo de la Judicatura y la Defensoría Pública y el Consejo de Igualdad Intergeneracional, en el término de 10 días contados desde la notificación de la presente sentencia, publiquen la sentencia en su sitio web institucional y difundan la misma a través de sus cuentas oficiales en redes sociales por 3 meses consecutivos. En el mismo término, deberán informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento.

Ordenar que la presente sentencia se incluya como parte del contenido de los programas de formación de la Escuela de la Función Judicial para fortalecer el sistema de justicia especializado, y que se realicen capacitaciones a juezas y jueces, fiscales y defensores públicos en materia de administración de justicia juvenil. El representante de la Escuela de la Función Judicial, en el término de 30 días contados desde la notificación de la presente sentencia, deberá remitir a la Corte Constitucional un plan de capacitación y un cronograma para cumplir con la presente medida.

---

**Fallo** En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional resuelve:

1. Absolver la consulta de constitucionalidad de norma planteada por el juez de la Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con sede en el Distrito Metropolitano de Quito y declarar la constitucionalidad aditiva del artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, el cual en adelante se leerá de la siguiente forma:

Art. 175.- Disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva.- Para los delitos previstos en esta Sección se observarán las siguientes disposiciones comunes: (...)

5. En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante, **excepto en los casos de personas mayores de catorce años que se encuentren en capacidad de consentir en una relación sexual.**



**ECUADOR**  
CASO 13-18-CN  
Fallos Remitidos

**Votación por la que  
fue adoptada**

**Mayoritario: votos de los jueces:**

Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado, Daniela Salazar Marín, Hernán Salgado Pesantes

**Votos concurrentes  
o disidentes:**

**Votos concurrentes:**

Ramiro Ávila Santamaría

**Votos en contra:**

Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet y Teresa Nuques Martínez

**Otros datos de interés**

[http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidhOGUxNjkzYi05Nm1xL-TQ0ZmltYjRkOS05MjZlNzllYWUwOGQucGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidhOGUxNjkzYi05Nm1xL-TQ0ZmltYjRkOS05MjZlNzllYWUwOGQucGRmJ30=)



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

Quito, D.M., 15 de diciembre de 2021

**CASO No. 13-18-CN**

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,  
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y  
LEGALES, EMITE LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA No. 13-18-CN/21**

**Tema:** Se absuelve la consulta de constitucionalidad del artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal que dispone: “[e]n los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante”. La Corte Constitucional resuelve que la norma consultada no es compatible con los derechos de las y los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad, a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, y a la privacidad, reconocidos en el artículo 66 numerales 5, 9, 20 de la Constitución, respectivamente, y declara la constitucionalidad aditiva de la norma consultada con el fin de que en esta se reconozca que las y los adolescentes a partir de los catorce años tienen la capacidad de consentir en una relación sexual y que la evaluación del consentimiento es relevante para establecer si existe una conducta que debe ser penalmente sancionable o es el resultado de la evolución de las facultades de las y los adolescentes para ejercer sus derechos.

**1. Antecedentes y procedimiento**

**1.1. Antecedentes procesales**

1. El 06 de abril de 2018, el señor J.P.P presentó una denuncia<sup>1</sup> en contra del adolescente D.G., por el presunto delito de violación a su hija adolescente S.N.D.C<sup>2</sup>.
2. El 27 de agosto de 2018, el fiscal de Adolescentes Infractores de Quito solicitó al juez de la Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con sede en el Distrito Metropolitano de Quito elevar en consulta el expediente del proceso ante la Corte

<sup>1</sup> Según la información que consta en el expediente fiscal, el padre de la adolescente menor de 14 años conoció que su hija habría tenido relaciones sexuales con otro adolescente de 17 años quien supuestamente era su pareja. Por otro lado, el adolescente manifestó que no son pareja, que la adolescente le habría dicho que va a cumplir 15 años, y que nunca tuvieron relaciones sexuales.

<sup>2</sup> La Corte Constitucional mantendrá en reserva el nombre del accionante, de su hija, así como del presunto adolescente infractor de acuerdo con los artículos 66 numerales 19 y 20 de la Constitución de la República que consagran los derechos a la protección de datos de carácter personal, y la intimidad personal y familiar.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

Constitucional, con el fin de que se determine la constitucionalidad del artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, “COIP”).

3. El 17 de octubre de 2018, el juez de la Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con sede en el Distrito Metropolitano de Quito (en adelante, “la judicatura consultante”) resolvió elevar el expediente en consulta ante la Corte Constitucional, a fin de que se resuelva sobre la constitucionalidad del artículo 175 numeral 5 del COIP, que establece que “[e]n los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante”.

### 1.2. Procedimiento ante la Corte Constitucional

4. El 20 de marzo de 2019, el Tribunal de la Sala de Admisión conformado por los jueces constitucionales Enrique Herrería Bonnet y Alí Lozada Prado, y la jueza constitucional Daniela Salazar Marín, admitió a trámite la consulta de constitucionalidad de norma No. 13-18-CN.
5. El 12 de abril de 2019, la jueza sustanciadora Daniela Salazar Marín avocó conocimiento de la causa y convocó a audiencia pública a las partes y terceros con interés para el día 26 de abril de 2019 a las 10h00.
6. El 26 de abril de 2019 se llevó a cabo la audiencia pública a la que comparecieron el juez consultante, el fiscal de Adolescentes Infractores de Quito así como terceros con interés en la causa y *amici curiae*<sup>3</sup>.
7. En la presente causa se presentaron escritos en calidad de *amicus curiae* por parte de María Verónica Pólit como Coordinadora de Proyecto de Justicia Juvenil Restaurativa de la Fundación “Terre des Hommes”; José Feliciano Valenzuela Rosero y Mario Benítez Gómez en representación del Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); Carlos Arsenio Larco, por sus propios y personales derechos; Milton David Salazar, por sus propios y personales derechos; Ángel Benigno Torres Machuca en calidad de defensor público general encargado; Ana Cristina Vera como directora ejecutiva del Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos “SURKUNA”.

<sup>3</sup> A dicha diligencia comparecieron, Freddy Figueroa, en calidad de juez consultante de la Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con sede en el Distrito Metropolitano de Quito; John Romo, en calidad de Fiscal de Adolescentes Infractores de Quito; Juan José Espinoza, en calidad de abogado dentro de la causa que se remite la consulta de norma. En calidad de *amicus curiae* comparecieron: Xavier Andrade, en calidad de docente del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ); Hernán Arias, por sus propios y personales derechos; Pablo Coloma en representación del Proyecto de Justicia Juvenil Restaurativa de la Fundación “Terre des Hommes”; José Luis Guerra en representación del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF); Carlos Larco, por sus propios y personales derechos; Juan Francisco Pozo en representación del estudio jurídico Leal Counselors & Attorneys at Law; Milton Salazar, por sus propios y personales derechos; Ana Cristina Vera en representación del Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos, SURKUNA; y José Valenzuela y Mario Benítez en representación del Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE).



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

Asimismo, John Romo Loyola, en calidad de fiscal de Adolescentes Infractores de Quito, compareció como tercero con interés en la causa.

## 2. Norma cuya constitucionalidad se consulta

8. La judicatura consultante solicita que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del artículo 175 numeral 5 del COIP que dispone:

*Art. 175.- Disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva.- Para los delitos previstos en esta Sección se observarán las siguientes disposiciones comunes:*

*(...)*

*5. En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante.*

### 2.1. Fundamentos de la consulta de constitucionalidad de norma

9. A criterio de la judicatura consultante, la aplicación del artículo 175 numeral 5 del COIP en el caso específico que dio origen a la consulta de constitucionalidad de norma, sería incompatible con los artículos 32 (derecho a la salud sexual y reproductiva), 44 (interés superior de las y los adolescentes), 45 (derechos de las y los adolescentes), 66 numerales 4 (igualdad formal, material y no discriminación), 5 (derecho al libre desarrollo de la personalidad), 9 (derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual), y 20 (derecho a la intimidad) de la Constitución. Finalmente, señala que la norma infringe el principio de lesividad, proporcionalidad y finalidad de las penas.
10. La judicatura consultante indica que la norma consultada “*si bien responde al principio de legalidad en material penal, su aplicación a (...) menores de edad, puede influir y traducirse a una falta de atención específica; (...) toda vez que al buscar proteger la indemnidad sexual de los menores de 14 a 17 años (...), asume que estos, en ningún caso, están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual*”. Esto, a criterio del juez consultante, resultaría contrario a la doctrina de la protección integral que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos “*en oposición a la idea de definirlos a partir de su incapacidad jurídica*” y termina por generar un trato discriminatorio con base en la edad de los niños, niñas y adolescentes.
11. Por otra parte, indica que “*el legislador (...) en su afán de proteger el derecho a la indemnidad sexual, ha intervenido el derecho a la libertad sexual de los menores*”. Asimismo, agrega que se restringe el derecho al libre desarrollo de la personalidad, “*a no ser privado de información, al acceso a servicio de salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes*” puesto que,



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

*... los adolescentes, quienes en busca de su desarrollo y exploración de vida sexual mantienen relaciones sexuales con el peligro de que producto de ello la menor salga embarazada y ello conlleve a que el menor de 14 a 18 sea considerado como infractor y por ello purgue una medida socioeducativa privativa de la libertad, cuando en dicha exploración operó el consentimiento mutuo.*

12. Por último, la judicatura consultante indica que si bien el legislador ha omitido considerar el inicio de vida sexual en las y los adolescentes y la imputabilidad de algunas relaciones sexuales entre personas de 14 a 18 años, “*dicha omisión no puede permitir que se declare la inconstitucionalidad de la norma, pues atentaría contra el bien superior del niño (...) puesto no solo se estaría despenalizando al menor infractor (14 a 18 años) sino también a los mayores de 18 años*”. En tal sentido, solicita que la Corte Constitucional “*elabore una sentencia aditiva al haberse determinado la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, procediendo a interpretar el texto (...) con el bien superior de niño en su libre desarrollo, al de su personalidad y al respeto de sus derechos*”.

### 3. Competencia

13. El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver las consultas de constitucionalidad de norma formuladas, de conformidad con lo previsto en el artículo 428 de la Constitución, los artículos 141, 142 y 143 de la LOGJCC, así como también en función de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial y en los artículos 3 numeral 6, y 92 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

### 4. Análisis constitucional

14. Toda vez que la norma objeto de la consulta tiene como destinatarias a las personas menores de dieciocho años, para absolver la presente consulta de constitucionalidad de norma, esta Corte realizará su análisis a partir de la doctrina de la protección integral<sup>4</sup>. Es importante considerar que a partir de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño, se pasó de una doctrina de protección irregular que concebía a las niñas, niños y adolescentes como objetos de protección del Estado, a una doctrina de protección integral que los reconoce como sujetos de derechos y como un elemento activo en la participación en la

<sup>4</sup> Esta Corte Constitucional ha señalado que la doctrina de la protección integral se encuentra reconocida de forma expresa en varias normas de la Constitución. Por ejemplo, el artículo 35 reconoce que las niñas, niños y adolescentes constituyen un grupo de atención prioritaria y especializada; el artículo 44 que establece que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria y reforzada el desarrollo integral de las y los niños, así como el ejercicio efectivo de sus derechos; el artículo 45 reconoce que las niñas, niños y adolescentes gozan de los derechos comunes al ser humano; y el artículo 175 reconoce que las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializadas, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. Ver, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 9-17-CN/19 (Juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores) de 09 de julio de 2019, párr. 43.

4



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

sociedad, y al mismo tiempo establece la necesidad de una protección especial para el goce y ejercicio de sus derechos<sup>5</sup>.

15. La protección especial a las niñas, niños y adolescentes se fundamenta en su condición de personas en crecimiento y se justifica con base en las diferencias, respecto de las personas adultas, en cuanto a las posibilidades y los desafíos para el efectivo ejercicio y la plena vigencia de sus derechos<sup>6</sup>. De acuerdo con el artículo 44 de la Constitución y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la adopción de medidas que promuevan el desarrollo integral y el pleno ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, corresponde tanto al Estado como a la familia y la comunidad a la que la niña, niño o adolescente pertenece<sup>7</sup>. Asimismo, esta Corte toma nota del artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone que,

*Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.* (el énfasis es propio)

16. En el caso que nos ocupa, la consulta de constitucionalidad de norma se dirige a determinar si el artículo 175 numeral 5 del COIP es compatible con el derecho de las y los adolescentes entre 14 y 18 años a decidir con quién, cómo y en qué momento tener o no relaciones sexuales como componente de los derechos reconocidos en los numerales 5, 9 y 20 del artículo 66 de la Constitución, así como el principio del interés superior.
17. Con base en la doctrina de la protección integral, el análisis constitucional que realice esta Corte debe enfocarse en las particularidades del ejercicio de estos derechos por parte de las y los adolescentes como sujetos de derechos y de acuerdo con la evolución de sus facultades, considerando además el deber de protección especial por parte del Estado, la familia y la sociedad. En esa medida, no le corresponde a la Corte Constitucional calificar el inicio de la vida sexual de las y los adolescentes entre 14 o 18 años, sino sólo pronunciarse sobre la reacción del aparato judicial penal una vez que esa conducta sexual ha ocurrido y si esta responde a un justo equilibrio entre la obligación de protección especial y la capacidad de las y los adolescentes de ejercer sus derechos de acuerdo con la evolución de sus facultades.

<sup>5</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 9-17-CN/19 de 09 de julio de 2019, párr. 43; sentencia No. 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párrs. 165-166; sentencia No. 2691-18-EP/21 de 3 de marzo de 2021, párrs. 28 y 32; sentencia No. 2185-19-JP/21 y acumulados de 1 de diciembre de 2021, párr. 93.

<sup>6</sup> CIDH, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalidad en las Américas*, párr. 41.

<sup>7</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

18. En su consulta de constitucionalidad norma, el juez consultante manifiesta que el artículo 175 numeral 5 del COIP, “...al buscar proteger la indemnidad sexual de los menores de 14 a 17 años (...), asume que estos, en ningún caso, están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual, y que por ello su consentimiento es irrelevante”. A su criterio, la norma consultada ignora que podrían existir relaciones sexuales consentidas entre adolescentes entre 14 y 18 años, lo cual afectaría el goce y ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, y a su intimidad personal.
19. Esta Corte Constitucional ha reconocido que la libertad de configuración legislativa no es absoluta y debe ajustarse a los derechos y garantías reconocidos en la Constitución<sup>8</sup>. De ahí que, en el presente caso, corresponde a la Corte verificar si la configuración legislativa del artículo 175 numeral 5 del COIP es compatible con los derechos de las y los adolescentes referidos por la judicatura consultante.
20. Para ello, esta Corte analizará la norma a partir del test de proporcionalidad, de conformidad con el artículo 3 numeral 2 de la LOGJCC. Dicho de otra forma, la Corte verificará si el artículo 175 numeral 5 del COIP al establecer que, “[e]n los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante”, (i) persigue un fin constitucionalmente válido; (ii) es idóneo para alcanzar dicho objetivo; (iii) es necesario en relación con dicho fin; y, (iv) es proporcional en sentido estricto, conforme se desarrolla a continuación.

**Finalidad constitucionalmente válida**

21. Para determinar si la norma consultada persigue un objetivo constitucionalmente válido es necesario, en primer lugar, establecer su contenido. El artículo 175 numeral 5 del COIP forma parte de las disposiciones comunes que deberán observarse en los delitos contra la integridad sexual y reproductiva tipificados en la Sección Cuarta (Delitos contra la integridad sexual y reproductiva), Capítulo Segundo (delitos contra los derechos de la libertad), Título IV (infracciones en particular) del Libro Primero (La infracción penal) del COIP. En este punto es necesario enfatizar que a pesar de que la norma consultada se aplica a una serie de delitos tipificados en la sección referida del COIP, la consulta de constitucionalidad de norma y en consecuencia, el análisis constitucional que se realiza en la presente sentencia se limita a las relaciones sexuales de adolescentes y no se aplica a delitos en los cuales no se discuta la existencia o no de relaciones sexuales consentidas de adolescentes. Es decir, el análisis de la presente consulta no se aplica a delitos como la inseminación no consentida, acoso sexual, distribución de material pornográfico, corrupción de niñas, niños y adolescentes,

<sup>8</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados de 28 de abril de 2021, párrs. 98 y 100; sentencia No. 5-13-IN/19 de 02 de julio de 2019, párrs. 69-70.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual, contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos y oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos, tipificados en la Sección Cuarta, Capítulo Segundo (delitos contra los derechos de la libertad), Título IV (infracciones en particular) del COIP<sup>9</sup>.

22. Entre los delitos a los que se aplica la norma consultada y resultan relevantes para absolver la consulta, se incluye el de violación el cual protege la indemnidad o intangibilidad sexual, entendida como la manutención incólume del normal desarrollo de la sexualidad, cuando el sujeto pasivo del delito es una persona menor de dieciocho años<sup>10</sup>. Es decir, la norma consultada guarda relación con el derecho a la integridad sexual de las víctimas de delitos sexuales, reconocido en el artículo 66 numeral 3 literal a) de la Constitución, el cual *“comprende la protección de la autonomía de toda persona respecto de su corporalidad y genitalidad y el consentimiento en la participación en actos sexuales o con connotación sexual. Así, toda acción u omisión conducente a realizar actos con connotación sexual en contra de voluntad de la persona atenta contra esta dimensión de la integridad”*<sup>11</sup>.
23. En el presente caso, es posible considerar que al calificar el consentimiento de toda víctima menor de dieciocho años en delitos sexuales como irrelevante, la norma consultada busca proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de la persona menor de dieciocho años. En otras palabras, la norma busca evitar que en los delitos sexuales cometidos en contra de niñas, niños o adolescentes, se pretenda alegar la existencia de consentimiento de la víctima menor de dieciocho años en el acto sexual con el fin de evadir la responsabilidad penal por parte del presunto agresor.
24. En este punto es importante considerar que las niñas y niños son particularmente vulnerables a la violencia y que esta suele tener un componente de género, siendo las niñas y las adolescentes quienes se encuentran más expuestas, por ejemplo, a la violencia sexual<sup>12</sup>. Al respecto, de la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres (EVIGMU) de 2019 se

<sup>9</sup> La norma consultada tampoco se aplica a los delitos de pornografía infantil, trata de personas, explotación sexual, prostitución forzada, turismo sexual o comercialización de pornografía infantil, los cuales están tipificados en el Libro Primero (La infracción penal), Título IV (Infracciones en particular), Capítulo Primero (Graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario), Sección Segunda (Trata de personas) y Sección Tercera (Diversas formas de explotación) del COIP.

<sup>10</sup> Ver, escritos de *amicus curiae* presentados por Milton Salazar Páramo o por el Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos “SURKUNA”. Expediente constitucional, fs. 94-96 y 153-164.

<sup>11</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados de 24 de marzo de 2021, párr. 70.

<sup>12</sup> Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párrs. 119 y 120; Comité CEDAW, Recomendación general No 24 (1999), Las mujeres y la salud, párr. 12.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

desprende que la violencia en sus diferentes ámbitos (educativo, laboral, pareja, social, familiar) afecta de forma desproporcionada a las generaciones más jóvenes<sup>13</sup>.

25. Asimismo, según datos de la Fiscalía General del Estado, las niñas y adolescentes menores de 14 años son las principales víctimas de abuso sexual<sup>14</sup>. Cerca de la mitad de las adolescentes entre 15 y 17 años han experimentado algún hecho de violencia a lo largo de su vida y 8 de cada 10 adolescentes que han experimentado violencia, lo registran durante el último año. La mayor proporción de violencia se da en el ámbito social y es predominantemente sexual<sup>15</sup>. El 30,9% de adolescentes fueron víctimas de violencia sexual a lo largo de su vida y 23,3% en los últimos 12 meses previo a la aplicación de la EVIGMU. Es decir, 1 de cada 4 adolescentes ha sido víctima de violencia sexual. Por otra parte, de acuerdo con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en Ecuador, el 65% de los casos de abuso sexual se cometen por familiares y personas cercanas a la víctima, casi el 40% abusó varias veces de la misma víctima y el 14% lo hizo de manera sistemática<sup>16</sup>.
26. En relación con las denuncias presentadas ante la Fiscalía General del Estado, para el año 2018 se registraron 17.929 denuncias por delitos sexuales, el 17% de ellas (3.038 denuncias) correspondía a personas menores de 18 años<sup>17</sup>. En 2019, el 16,94% de los delitos sexuales se produjeron en niñas, niños y adolescentes, es decir 1 de cada 6 delitos sexuales<sup>18</sup>. Es importante reconocer el nivel de subregistro que existe, toda vez que no todas las personas víctimas de violencia denuncian estos hechos por distintas razones como temor a represalias, estigma, revictimización, falta de confianza en el sistema de administración justicia, entre otras.
27. Este Organismo reconoce que el deber de protección especial incluye la adopción de medidas especiales y reforzadas contra todo tipo de violencia a favor de las

<sup>13</sup> Por ejemplo, en el caso de las adolescentes, “De las 37 de cada 100 adolescentes que han experimentado por lo menos un hecho de violencia en algún ámbito en los últimos 12 meses, 24 la han experimentado en el ámbito social, 20 de ellas se refiere a violencia sexual; 16 de cada 100 han experimentado violencia psicológica, sexual y física en el ámbito educativo; mientras que en el ámbito familiar se registran 12 adolescentes de cada 100, 11 de ellas se refiere a violencia psicológica”.

Francisco Cevallos Tejadas y Grace Vásquez Paredes, Violencias: una mirada intergeneracional, Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, 2020, p. 30.

<sup>14</sup> FGE, *El abuso sexual infantil en la mira de la Fiscalía*, 2017.

<sup>15</sup> Francisco Cevallos Tejadas y Grace Vásquez Paredes, Violencias: una mirada intergeneracional, Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, 2020, pp. 35-36. Informe elaborado con base en los resultados de la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres (EVIGMU), 2019.

<sup>16</sup> UNICEF Ecuador. Dossier informativo sobre la campaña #AhoraQueLoVes #DiNoMás, agosto de 2017.

<sup>17</sup> Francisco Cevallos Tejadas y Grace Vásquez Paredes, Violencias: una mirada intergeneracional, Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, 2020, p. 28. Informe elaborado con base en estadísticas de 2018 del entonces Ministerio del Interior.

<sup>18</sup> Id., p. 51.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

niñas, niños y adolescentes<sup>19</sup>. Así, conforme el artículo 46 numeral 4 de la Constitución, el Estado tiene la obligación de adoptar distintas medidas apropiadas para combatir la violencia contra niñas, niños y adolescentes, entre las cuales se incluyen medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, políticas, acciones judiciales, así como mecanismos simples, accesibles y seguros para que los hechos de violencia puedan ser denunciados, investigados y sancionados<sup>20</sup>. De ahí que la norma consultada podría ser considerada como un mecanismo legislativo que busca garantizar la protección especial a favor de las niñas, niños y adolescentes que han sido víctimas de violencia sexual.

28. En consecuencia, esta Corte encuentra que el artículo 175 numeral 5 del COIP persigue un fin constitucionalmente válido en la medida en que busca proteger a las víctimas de delitos sexuales menores de dieciocho años y reprochar penalmente la violencia sexual.

**Idoneidad**

29. Ahora bien, además de perseguir un fin legítimo, la medida dispuesta en el artículo 175 numeral 5 del COIP debe ser conducente a alcanzar dicho fin. Para determinar la idoneidad de la medida, es necesario analizar el alcance de la aplicación de la norma en cuestión.
30. El artículo 175 numeral 5 del COIP se aplica sin distinción alguna para todos los casos de delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes. Es decir, la calificación del consentimiento de la víctima menor de dieciocho años como irrelevante se aplica indistintamente de la condición de la víctima (niña, niño o adolescente) o del tipo de relación sexual, entre adolescentes o entre un adolescente con una persona adulta.
31. A criterio de esta Corte, al intentar proteger a la presunta víctima menor de dieciocho años de un delito sexual, la aplicación indiscriminada de la norma consultada ignora en absoluto que las y los adolescentes, como sujetos de derechos inalienables e inherentes a la persona, gozan y ejercen de forma directa los derechos al libre desarrollo de su personalidad, a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, así como a su privacidad reconocidos en los numerales 5, 9 y 20 del artículo 66 de la Constitución, y que los ejercen de acuerdo con el desarrollo de sus facultades, pudiendo dar lugar a relaciones sexuales consentidas.
32. Esta Corte Constitucional ha reconocido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza la posibilidad de decidir, manifestar y preservar libremente

<sup>19</sup> Constitución de la República, artículo 46 numeral 4; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 19.

<sup>20</sup> Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 120.



**ECUADOR**  
**SENTENCIA CASO 13-18-CN**  
**Jurisprudencia**



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente: Daniela Salazar Marín**

aquellos elementos físicos y psíquicos inherentes a la persona, los cuales la individualizan y permiten ser quien es acorde a su voluntad<sup>21</sup>. Asimismo, ha establecido que en virtud de este derecho, toda decisión que afecte cuestiones que sólo interesan a la propia persona debe estar libre de intervenciones arbitrarias por parte del Estado o de terceros<sup>22</sup>.

- 33.** De lo anterior se desprende que el libre desarrollo de la personalidad tiene una doble dimensión. Por un lado, en su dimensión externa, puede entenderse como *libertad de acción*, en la medida en que permite el ejercicio de cualquier actividad que la persona considere necesaria para el desarrollo de su personalidad. Por otra parte, en su dimensión interna, protege una *esfera de privacidad* de las personas en contra de incursiones externas que limitan su capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce su autonomía personal<sup>23</sup>.
- 34.** Una de las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad es el control del propio cuerpo y la libertad sexual. El primero, se entiende como la facultad de las personas de ejercer soberanía sobre su cuerpo "*libre de principios normalizadores fundamentos en meras consideraciones médicas, histórico-políticas, legales o de otra índole distinta de la autonomía de la persona*"<sup>24</sup>. El segundo, protege la posibilidad de las personas de autodeterminar su comportamiento y su vida sexual, por ejemplo, con quién, cómo y en qué momento tener o no relaciones sexuales<sup>25</sup>.
- 35.** De forma similar, los derechos a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la sexualidad, vida y orientación sexual, así como el derecho a la intimidad personal, reconocen la autonomía de la persona para adoptar decisiones sobre su plan de vida, cuerpo y salud sexual y reproductiva, a tener control sobre la sexualidad y definir sus propias relaciones personales sin coacción, discriminación o violencia<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 133-17-SEP-CC, caso No. 288-12-EP de 10 de mayo de 2017, p. 34; sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados de 28 de abril de 2021, párr. 136.

<sup>22</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 751-15-EP/21 de 17 de marzo de 2021, párr. 117; sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados de 28 de abril de 2021, párr. 137.

<sup>23</sup> Respecto a estas dos dimensiones, véase: Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Primera Sala. Tesis: 1a./J. 4/2019 (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 63, febrero de 2019, p. 491.

<sup>24</sup> Ver, escrito de *amicus curiae* presentado por el Centro de Derechos Humanos de la PUCE. Expediente constitucional, fs. 44-49.

<sup>25</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia No. T-159/19 y sentencia No. T-732/09; Tribunal Constitucional de Perú, expediente No. 00008-2012-PI/TC, párr. 20.

<sup>26</sup> Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 129; Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú, párr. 141; Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 157; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 3-19-JP/20 de 5 de agosto de 2020, párr. 65.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

- 36.** Las y los adolescentes son titulares de todos estos derechos, independientemente de su edad<sup>27</sup>, y los ejercen de manera progresiva conforme la evolución de sus facultades y autonomía<sup>28</sup>. Esta Corte ha reconocido que la evolución de las facultades aborda el proceso de maduración y aprendizaje por medio del cual las y los adolescentes adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos<sup>29</sup>. En otras palabras, la realización de los derechos de las y los adolescentes se encuentra influenciada por el ejercicio de niveles cada vez mayores de responsabilidad conforme su capacidad, madurez y evolución de facultades<sup>30</sup>, garantizando que las y los adolescentes sean protagonistas de sus propias vidas, y que el ejercicio de sus derechos ya no se ve supeditado a la autorización de un tercero.
- 37.** Si bien esta Corte Constitucional ha señalado que a diferencia de las personas adultas que pueden ejercer de forma personal y directa sus derechos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial, las y los adolescentes no poseen esta capacidad plena de ejercicio, en la medida en que, en general, se hallan sujetos a la autoridad parental, la tutela o representación; todas y todos son sujetos de derechos conforme lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución<sup>31</sup>. De ahí que las y los adolescentes no pueden ser tratadas como personas incapaces o incompetentes para ejercer sus derechos y tomar decisiones<sup>32</sup>.
- 38.** En el presente caso, la norma consultada, al calificar como irrelevante el consentimiento de toda víctima de delitos sexuales menor de dieciocho años, termina por desconocer que las y los adolescentes, como sujetos de derechos y de acuerdo con la evolución de sus facultades y autonomía, son titulares y pueden ejercer progresivamente el derecho a decidir con quién, cómo y en qué momento tener o no relaciones sexuales.

<sup>27</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2185-19-JP/21 y acumulados de 1 de diciembre de 2021, párr. 160; Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, párr. 5; Observación General N° 1 (2009) el derecho del niño a ser escuchado, párr. 29.

<sup>28</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2185-19-JP/21 y acumulados de 1 de diciembre de 2021, párr. 160.

<sup>29</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 46; Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7 (2005) relativa a la realización de los derechos del niño en la primera infancia, párr. 17; y Observación General N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, 6 de diciembre de 2016, párr. 18.

<sup>30</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2185-19-JP/21 y acumulados de 1 de diciembre de 2021, párr. 160; Corte IDH. Caso Atala Riffó y niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254, párr. 199; Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párrs. 109 y 166.

<sup>31</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 29; sentencia No. 2185-19-JP/21 y acumulados de 1 de diciembre de 2021, párr. 161.

<sup>32</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2185-19-JP/21 y acumulados de 1 de diciembre de 2021, párr. 163.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

39. El artículo 175 numeral 5 del COIP, al aplicarse de forma general a toda presunta víctima de un delito sexual menor de dieciocho años, podría llegar a afectar relaciones sexuales que no son producto de violencia, manipulación o coacción, sino que son el resultado de la evolución de las facultades de las y los adolescente para ejercer los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la sexualidad, así como a la intimidad personal, y que, en consecuencia, son relaciones sexuales consentidas. La norma consultada, con el fin de proteger a las personas menores de dieciocho años como presuntas víctimas de delitos sexuales, no puede llegar a desconocer la capacidad y autonomía de las y los adolescentes de decidir de forma progresiva su relacionamiento con otras personas y el ejercicio de su sexualidad<sup>33</sup>. Ahora bien, es importante enfatizar que esto ninguna forma implica desconocer que la norma penal consultada sí es conducente para proteger a las niñas, niños y adolescentes que no están en capacidad de consentir, puesto que el problema del artículo 175 numeral 5 del COIP no se encuentra en el fin perseguido sino en la falta de reconocimiento de una situación particular que tiene origen en el desarrollo evolutivo de los derechos de las y los adolescentes, como podría ser el consentir en una relación sexual.
40. Si bien esta Corte reconoce que las y los adolescentes son particularmente vulnerables a la violencia, en especial, a la violencia sexual; al mismo tiempo, considera que no se puede presumir que las y los adolescentes carecen siempre de niveles suficientes y adecuados de autonomía para conocer y decidir sobre sus cuerpos, relacionarse, experimentar y desarrollar de forma libre su sexualidad antes de los dieciocho años. En términos del Comité de los Derechos del Niño, la violencia abarca “*toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual*”<sup>34</sup>. A criterio de este Organismo, el ejercicio progresivo de los derechos de las y los adolescentes para mantener relaciones sexuales no puede considerarse siempre una forma de violencia en los términos referidos cuando la relación sexual es consentida y se encuentra libre de vicios.
41. La Corte Constitucional es consciente de que la adolescencia es una etapa única y decisiva para el desarrollo humano, etapa que no solo se caracteriza por un desarrollo cognoscitivo y cambios físicos en los cuerpos de las y los adolescentes, sino además por el desarrollo de su conciencia sexual<sup>35</sup>. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que:

*La adolescencia es un período caracterizado por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva; la adquisición*

<sup>33</sup> Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párrs. 109 y 166.

<sup>34</sup> Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, párr. 4.

<sup>35</sup> Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, 6 de diciembre de 2016, párr. 9.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

*gradual de la capacidad para asumir comportamientos y funciones de adultos, que implican nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos. Aunque en general los adolescentes constituyen un grupo de población sano, la adolescencia plantea también nuevos retos a la salud y al desarrollo debido a su relativa vulnerabilidad y a la presión ejercida por la sociedad, incluso por los propios adolescentes para adoptar comportamientos arriesgados para la salud. Entre éstos figura la adquisición de una identidad personal y la gestión de su propia sexualidad<sup>36</sup>. (el énfasis es propio)*

42. De ahí que la protección del desarrollo sexual de las y los adolescentes con base en su propia condición y situación de vulnerabilidad no puede conducirnos a asumir que toda relación sexual es violenta o perjudicial, y en consecuencia, terminar por criminalizar el ejercicio de sus derechos por considerarlos incapaces de tomar decisiones sobre su vida, pues esto implicaría desconocer la doctrina de la protección integral y retroceder a concepciones que desconocían su condición de sujetos de derechos y se fundamentaban en una noción adulto-céntrica<sup>37</sup>.
43. De la misma forma como este Organismo no puede desconocer las cifras y datos sobre violencia sexual en contra de niñas, niños y adolescentes, tampoco puede dejar de observar que las y los adolescentes en Ecuador inician su vida sexual antes de cumplir los dieciocho años con parejas de edad similar o con personas mayores de dieciocho años<sup>38</sup>.
44. Según el Plan Nacional de Salud Sexual y Reproductiva de 2017-2021<sup>39</sup>, el 39,2% de las y los adolescentes entre 15 y 19 años ha iniciado su vida sexual activa y la edad media de la primera relación sexual es de 18,4 años, siendo menor en personas afroecuatorianas, 16,9 años, y en las mujeres de la Amazonía, 17 años. En el caso de las y los adolescentes menores de 15 años, se tiene que el 31,5% tuvo su primera relación sexual con una persona de 15 a 17 años, el 26,6% con una persona de 20 a 24 años, el 22,6% con personas de 18 a 19 años y el 9,1% con una persona mayor de 24 años. Conforme las cifras incluidas en el mencionado plan, de las mujeres embarazadas antes de los 15 años, en la mayoría, el 27,3% de ellas, el embarazo fue producto de relaciones sexuales con una persona de entre 15 a 17 años, el 26,8% con una persona de entre 20 a 22 años, y el 7,8% con personas de 30 años o más.
45. En este punto, es necesario enfatizar que la evolución de las facultades de las y los adolescentes para ejercer los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a

<sup>36</sup> Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 2.

<sup>37</sup> Ver, escrito de *amicus curiae* presentado por la Fundación Terre des hommes Lausanne – Ayuda a la Infancia. Expediente constitucional, fs. 36. En la misma línea, escritos de *amicus curiae* presentados por el Centro de Derechos Humanos de la PUCE y por la Defensoría Pública del Ecuador. Expediente constitucional, fs. 44-49 y 139-152, respectivamente.

<sup>38</sup> Ministerio de Salud Pública, Plan Nacional de Salud Sexual y Reproductiva 2017-2021, aprobado mediante Acuerdo Ministerial No. 0033-2017 de 14 de marzo de 2017.

<sup>39</sup> Id., p. 34.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la sexualidad, así como a la intimidad personal, acorde a su desarrollo físico y cognitivo, de ninguna forma anula las obligaciones de protección especial a su favor<sup>40</sup>. Sin perjuicio de su autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, las y los adolescentes siempre serán sujetos de especial protección por parte del Estado, la familia y la comunidad. Ahora bien, el deber de protección especial y esta condición de dependencia de las niñas, niños y adolescentes deben adaptarse con el tiempo conforme la evolución de sus capacidades, grado de madurez y progresiva autonomía personal<sup>41</sup>. De ahí que las autoridades que evalúan este desarrollo deben ser especializadas en materia de niñez y adolescencia para decidir desde la doctrina de la protección integral y no a partir de juicios de valor que sigan viendo a las niñas, niños y adolescentes como objetos de control.

46. Es importante reconocer que dada precisamente la evolución de las facultades de las niñas, niños y adolescentes para ejercer sus derechos, la medida del artículo 175 numeral 5 del COIP sí sería idónea para la protección de niños, niñas y adolescentes que no se encuentran en capacidad de consentir. A pesar de que la capacidad de consentir no depende exclusivamente de la edad, el Legislador ha previsto que las personas menores de 14 años no tienen capacidad de consentir en la medida en que el artículo 171 del COIP incluye como causal del delito de violación, “*cuando la víctima sea menor de catorce años*”. Por lo que es razonable considerar que en estos casos el consentimiento de la víctima menor de 14 años sí puede ser calificado como irrelevante. Esto se verifica también en el caso del delito de estupro, tipificado en el artículo 167 del COIP, a través del cual se sanciona las relaciones sexuales con una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años cuando se ha recurrido al engaño.
47. Por las consideraciones expuestas, esta Corte concluye que la norma consultada no es conducente a proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de las y los adolescentes de 14 a 18 años víctimas de un delito sexual, puesto que al partir de la premisa equivocada de que toda persona menor de dieciocho años carece de la capacidad para consentir en una relación sexual, ignora que podrían existir relaciones sexuales consentidas a partir de los 14 años de acuerdo con la evolución de sus facultades para ejercer sus derechos. Es decir, la norma desconoce que tanto la presunta víctima como el presunto infractor, en su calidad de sujetos de derechos, sí tienen la capacidad de consentir en una relación sexual como resultado

<sup>40</sup> Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 124; CIDH, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalidad en las Américas*, párr. 44.

<sup>41</sup> El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que, “*cuanto más sepa y entienda un niño, más tendrán sus padres que transformar la dirección y la orientación en recordatorios y luego, gradualmente, en un intercambio en pie de igualdad*”. Ver, Observación General N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (artículo 12), 20 de julio de 2009, párr. 84; Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párrafo 129; CIDH, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalidad en las Américas*, párr. 44.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

del desarrollo evolutivo de sus facultades para ejercer sus derechos, y que el resultado de dicho ejercicio no puede ser una conducta penalmente reprochable.

48. Aunque la Corte determinó que la medida dispuesta en el artículo 175 numeral 5 de COIP no es conducente al fin constitucional perseguido, este Organismo considera necesario continuar analizando el parámetro de necesidad. Esto con el fin de exponer las razones por las cuales este Organismo considera que existen medidas menos gravosas para la protección de las y los adolescentes víctimas de delitos sexuales que calificar siempre su consentimiento como irrelevante, y que permitan a su vez establecer si estamos ante una conducta que debe ser penalmente sancionable o ante un acto que es el resultado de la evolución de las facultades de las y los adolescentes para ejercer derechos.

**Necesidad**

49. En relación con la necesidad de la medida, que exige que esta sea el mecanismo menos gravoso, este Organismo considera que existen mecanismos menos lesivos con el fin de proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de las y los adolescentes entre 14 y 18 años, en lugar de presumir que en todos los casos el consentimiento es irrelevante. Estas medidas parten de un análisis individual a través del proceso de escucha a las víctimas adolescentes de delitos sexuales.
50. Esta Corte Constitucional ha reconocido que las y los adolescentes están dotados de capacidad para formar sus propias opiniones y tienen derecho a expresarlas en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que les afecte. Asimismo, ha determinado que es obligación de toda autoridad judicial o administrativa que dirige un proceso o procedimiento en que se discuta y cuya decisión tenga un impacto en sus derechos, escuchar y considerar seriamente la opinión de las y los adolescentes en función de su edad, madurez y desarrollo evolutivo. El derecho a expresar su opinión sin influencias o presiones indebidas también implica que las y los adolescentes puedan decidir no querer ser escuchados<sup>42</sup>.
51. También ha señalado que se debe dar por supuesto que las y los adolescentes tienen la capacidad para formarse sus propias opiniones y expresarlas. En esa medida, no les corresponde probar que tienen dicha capacidad y son las y los jueces o las y los fiscales especializados quienes deben generar las condiciones que permitan garantizar el derecho a ser escuchados y así evaluar la capacidad para formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible<sup>43</sup>. En tal sentido, toda decisión que se adopte sin considerar el grado de autonomía de las y los adolescentes, así como el desarrollo progresivo de sus facultades, y opte por obviar

<sup>42</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párrs. 43-44, 52-53; sentencia No. 2185-19-JP/21 y acumulados de 1 de diciembre de 2021, párr. 174.

<sup>43</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 29; sentencia No. 2185-19-JP/21 y acumulados de 1 de diciembre de 2021, párr. 176; Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (artículo 12), 20 de julio de 2009, párr. 20.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

su punto de vista en asuntos que les conciernen, aun cuando están en plena capacidad de decidir por sí mismos, afecta gravemente su autonomía y su calidad como sujeto pleno de derechos<sup>44</sup>.

52. Respecto a la participación de adolescentes en procesos penales, el derecho a ser escuchado debe ser respetado y observado *“escrupulosamente en todas las etapas del proceso de la justicia juvenil”*. En el caso específico de las víctimas y/o testigos de un presunto delito, las y los jueces así como las y los fiscales especializados deben hacer todo lo posible para que se les consulte sobre *“los asuntos pertinentes respecto de su participación en el caso que se examine y para que puedan expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso judicial”*<sup>45</sup>.
53. A criterio de esta Corte, una de las formas para determinar la existencia o no de un consentimiento libre de vicios y que evitaría presumir que en ningún caso las y los adolescentes de entre 14 y 18 años están en capacidad de consentir en una relación sexual, es la escucha y valoración de sus opiniones sobre el acto sexual en cuestión, tanto de la presunta víctima como del presunto adolescente infractor<sup>46</sup>.
54. La garantía del derecho a ser escuchado de las y los adolescentes, en el marco de un proceso penal iniciado por el presunto cometimiento de un delito sexual, en conjunto con otras medidas como evaluaciones psicológicas, análisis médicos, entre otras, permitiría valorar si el consentimiento es válido y las relaciones sexuales fueron libres, voluntarias e informadas, o, por el contrario, si el consentimiento se encuentra viciado y las relaciones fueron producto de coacción, violencia o manipulación. El proceso de escucha es trascendental para establecer si el acto sexual debe ser penalmente sancionable o si el acto es el resultado de la evolución de las facultades de las y los adolescentes para ejercer los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, y a la intimidad personal. Esta valoración a cargo de la o el fiscal, o la o el juez de adolescentes infractores, junto con el acompañamiento de profesionales especializados en materia de niñez y adolescencia, deberá considerar la madurez y capacidades de las y los adolescentes para formarse un juicio propio y ejercer de forma libre sus derechos.

<sup>44</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 456-20-JP/21 de 10 de noviembre de 2021, párr. 62.

<sup>45</sup> Asimismo, el derecho del niño víctima y testigo *“está vinculado al derecho a ser informado de cuestiones tales como la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales, el papel del niño víctima y/o testigo, la forma en que se realizará el ‘interrogatorio’, los mecanismos de apoyo a disposición del niño cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial, las fechas y los lugares específicos de las vistas, la disponibilidad de medidas de protección, las posibilidades de recibir reparación y las disposiciones relativas a la apelación”*. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (artículo 12), párrs. 62-64.

<sup>46</sup> Escrito de *amicus curiae* presentado por la Fundación Terre des hommes Lausanne – Ayuda a la Infancia. Expediente constitucional, fs. 39.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

55. Es importante enfatizar que el proceso de escucha debe ser garantizado con el acompañamiento que requieran las y los adolescentes de acuerdo con su realidad y contextos, evitando además que se estos vean influenciados por terceros. En el caso de la víctima y la recepción de su testimonio, este debe ser realizado por una sola vez respetando todas las garantías procesales mínimas y especiales que se requiere en el caso de personas menores de dieciocho años, para lo cual se debe considerar las reglas para la recepción del testimonio de la víctima conforme lo dispuesto en el artículo 510 del COIP, evitando su no revictimización.
56. Esta determinación y análisis individual podría evitar, en alguna medida, que las y los adolescentes entre 14 y 18 años sean sancionados penalmente por haber mantenido relaciones sexuales con otros adolescentes como resultado del ejercicio progresivo de su derecho a decidir con quién, cómo y en qué condiciones tener relaciones sexuales. Si bien la norma penal consultada no tipifica una conducta, al establecer que el consentimiento de toda víctima menor de dieciocho años de un delito sexual es irrelevante, tiene la capacidad de promover la sanción penal puesto que presume siempre la existencia de una relación sexual no consentida cuando se trata de personas menores de dieciocho años. Esta Corte no puede dejar de observar que en la audiencia pública celebrada en la presente causa se expuso que en el país existen aproximadamente 280 adolescentes privados de su libertad por el delito de violación, entre los cuales estarían incluidos adolescentes que afirman haber mantenido relaciones sexuales consentidas con otros adolescentes y respecto de quienes no se habría analizado la posibilidad de consentimiento libre de vicios en el acto sexual sino que se ha presumido que las y los adolescentes no pueden consentir. En relación con dichos datos se tiene que el 28% de los aproximadamente 280 adolescentes tienen 16 años, el 22% 17 años, el 21% 15 años y el 16% 14 años, y que el 69% fueron denunciados por los padres y madres de la presunta víctima<sup>47</sup>.
57. En este punto es necesario señalar que esta Corte Constitucional reconoce que incluso las relaciones entre adolescentes podrían ser productos de prácticas abusivas, relaciones desiguales de poder, violencia, entre otros factores. Por esa razón, la evaluación del consentimiento a través del proceso de escucha es necesaria para que la o el fiscal, o la o el juez de adolescentes infractores pueda determinar si las y los adolescentes en cuestión se encontraban o no en capacidad de consentir, y de no estarlos, reprochar penalmente esa conducta conforme el ordenamiento jurídico. Por el contrario, presumir que las y los adolescentes nunca tienen la capacidad de consentir puede dar lugar al castigo y a la sanción penal de adolescentes que pudieron haber actuado conforme la evolución de sus facultades en el ejercicio de sus derechos.

<sup>47</sup> Intervención de la Fundación Terre des hommes Lausanne – Ayuda a la Infancia, en calidad de *amicus curiae*, en la audiencia pública de 26 de abril de 2019, con base en los datos del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de Libertad y a Adolescentes Infractores del Ecuador.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

58. Asimismo, esta Corte considera que la medida de escucha y valoración de la opinión de las y los adolescentes en un asunto que los afecta directamente tiene que necesariamente ir acompañada de otras medidas preventivas como educación y acceso a la información y los servicios sobre salud sexual y reproductiva<sup>48</sup> teniendo en cuenta la evolución de las facultades de las y los adolescentes<sup>49</sup>.
59. Por lo expuesto, la Corte determina que la medida del artículo 175 numeral 5 del COIP que establece que el consentimiento de toda víctima menor de dieciocho años en delitos sexuales es irrelevante, tampoco es necesaria para alcanzar el fin perseguido cuando se trata de la protección de las y los adolescentes entre 14 y 18 años, puesto que se puede alcanzar el mismo fin si se realiza una evaluación individual que determine qué relaciones sexuales son o no consentidas, y en consecuencia, cuáles serían sancionables penalmente.
60. A pesar de haber establecido que la medida tampoco es necesaria, este Organismo considera necesario analizar el último elemento del test para establecer que la medida del artículo 175 numeral 5 del COIP tampoco se ajusta al fin perseguido puesto que termina por anular los derechos de las y los adolescentes desarrollados en la presente sentencia.

### Proporcionalidad

61. Por último, en relación con la proporcionalidad en sentido estricto, entendida como el equilibrio entre el sacrificio y el beneficio conseguido, esta Corte considera que la norma consultada no se ajusta estrechamente al logro del objetivo perseguido. El término “irrelevante” del artículo 175 numeral 5 del COIP convierte a la falta de consentimiento en una presunción que no admite prueba en contrario, indistintamente de la evolución de las facultades y madurez de las y los adolescentes para ejercer sus derechos.
62. A criterio de esta Corte, el artículo 175 numeral 5 del COIP para alcanzar el fin constitucionalmente válido debería interferir en la menor medida posible con el ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la sexualidad de las y los adolescentes, de acuerdo con la evolución y desarrollo de sus facultades. De lo contrario, la medida termina por tener un resultado desmedido o exagerado frente a las ventajas que se obtendrían mediante esta. En el presente caso, las ventajas de la norma penal en cuestión para la protección de las víctimas de delitos sexuales menores de 18 años, son leves frente al sacrificio que la misma norma produce, al

<sup>48</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, párr. 59.

<sup>49</sup> Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 139; Comité DESC, Observación General No. 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrs. 9 y 49; Naciones Unidas, Serie de Información sobre Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos. Adolescentes.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

calificar el consentimiento como irrelevante, respecto a los derechos de las y los adolescentes referidos, así como frente a la gravedad de la penalización de la conducta sin mediar análisis alguno sobre el consentimiento de acuerdo con la evolución de las facultades de las y los adolescentes en el ejercicio de sus derechos.

- 63.** Asimismo, el efecto práctico de calificar el consentimiento como irrelevante es que resulte inútil escuchar y valorar la opinión de las y los adolescentes en el proceso penal, y que la o el fiscal o la o el juez de adolescentes infractores, ignore y desmerezca su opinión en relación con el acto sexual<sup>50</sup>. La aplicación de la norma consultada termina por obstaculizar el ejercicio efectivo del derecho de las y los adolescentes a ser escuchados, ya sea en su calidad de presunta víctima o como presunto infractor de un delito sexual, por el hecho de asumir que por su edad y condición de adolescentes, nunca podrían consentir de forma libre, voluntaria e informada en una relación sexual con otro adolescente.
- 64.** A criterio de esta Corte, el carácter absoluto de la presunción de la norma consultada es contrario al equilibrio adecuado que debe asegurarse entre la realización de los derechos de las y los adolescentes de acuerdo con la evolución de sus facultades, y las obligaciones de protección especial por parte del Estado, y termina por vaciar de contenido el ejercicio de los derechos de las y los adolescentes reconocidos en los numerales 5, 9 y 20 del artículo 66 de la Constitución. En función de lo expuesto, la medida tampoco puede considerarse proporcional en sentido estricto.
- 65.** Con base en las consideraciones anotadas, esta Corte Constitucional considera que el artículo 175 numeral 5 del COIP, al generalizar que el consentimiento en todo acto sexual realizado por una persona menor de dieciocho años es irrelevante, desconoce que las y los adolescentes son sujetos de derechos, y que en la medida en que desarrollan su capacidad y madurez para ejercer sus derechos, pueden mantener relaciones sexuales consentidas, libres, informadas. Si bien esta norma tiene la intención de proteger a las niñas, niños y adolescentes, respecto de la población de entre 14 y 18 años en las circunstancias que aborda esta causa, su aplicación no considera la evolución de las facultades de las y los adolescentes para ejercer sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, y a la intimidad personal. Sin que ello excluya la orientación y dirección de la familia, la sociedad y el Estado para que las y los adolescentes ejerzan de forma adecuada sus derechos conforme dispone el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>50</sup> Sobre este punto, el fiscal de Adolescentes Infractores de Quito, John Romo Loyola indica que “en la práctica (...) a la ley no le interesa la opinión” de la persona menor de dieciocho años, “[e]s decir, un fiscal, juez o defensor de adolescentes infractores (incluso los de adultos), al mirar una denuncia en la que aparece como víctima un/a menor de edad, no debería tomar en cuenta su palabra, su consentimiento, su opinión, su declaración porque para la ley, este no tiene importancia procesal”. Expediente constitucional, fs. 97-11.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

66. En consecuencia, la Corte concluye que el artículo 175 numeral 5 del COIP, al no discriminar entre las relaciones que son consentidas y aquellas que no lo son, es incompatible con los derechos de las y los adolescentes reconocidos los numerales 5, 9 y 20 del artículo 66 de la Constitución.

\*

\* \* \*

67. La Corte Constitucional reconoce que el artículo 175 numeral 5 del COIP, al establecer que el consentimiento de la víctima menor de dieciocho años en los delitos sexuales es irrelevante, persigue un fin constitucional. Sin embargo, la forma cómo la norma busca alcanzar dicho fin es incompatible con los derechos de las y los adolescentes y la evolución de sus facultades para ejercer sus derechos, pudiendo incluso tener como resultado la criminalización de adolescentes por mantener relaciones sexuales consentidas entre ellos. Este Organismo toma nota de lo manifestado por el Comité de los Derechos del Niño en sentido que, “*Los Estados deben evitar que se criminalice a los adolescentes de edades similares por mantener relaciones sexuales objetivamente consensuadas y sin fines de explotación*”<sup>51</sup>.

68. Las y los adolescentes son sujetos de derechos y también sujetos de protección especial. Ahora bien, esta Corte considera que es necesario encontrar un justo equilibrio entre la protección especial por parte del Estado, la familia y la sociedad y el reconocimiento de las y los adolescentes como sujetos de derechos y protagonistas de su propia vida con base en la evolución de sus facultades para ejercer sus derechos<sup>52</sup>. De ahí que, a criterio de este Organismo, el consentimiento de las y los adolescentes en una relación sexual debe analizarse caso por caso y de manera individual, a través de un proceso de escucha en el que se pueda determinar el nivel de autonomía y desarrollo de la o el adolescente, y en el que se considere además el principio del interés superior. Solo así se podría determinar si estamos ante una conducta que debe ser penalmente sancionable por ausencia de consentimiento o consentimiento viciado o ante un acto que es el resultado de la evolución de las facultades de las y los adolescentes para ejercer sus derechos.

69. En relación con el proceso de escucha es necesario señalar que este no se limita a escuchar a las y los adolescentes sino a valorar su opinión y considerarla relevante para la decisión. La opinión de la o el adolescente, su sentido, cómo fue evaluada y valorada por la o el fiscal o la o el juez de adolescentes infractores, así como la justificación y motivación existente entre el contenido de la decisión y la opinión

<sup>51</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, párr. 40.

<sup>52</sup> Ver, escrito de *amicus curiae* presentado por el Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos “SURKUNA”. Expediente constitucional, fs. 153-164.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

de la o el adolescente, deben quedar oportunamente documentadas<sup>53</sup>. En el caso de que el tomador de la decisión se aparte de la voluntad de la o el adolescente, esto deberá también quedar motivado en la decisión puesto que la opinión de la o el adolescente no puede ser descartada discrecionalmente<sup>54</sup>. En ese sentido, no es suficiente con documentar que se realizó la diligencia de escucha, sino que se debe demostrar que la opinión de la o el adolescente ha sido seriamente valorada y que se ha rescatado su importancia para adoptar una determinada decisión. Tampoco se puede obligar a repetir sus declaraciones o comparencias, y con el fin de evitar su revictimización, es recomendable que la declaración sea receptada por una sola vez, respetando todas las garantías y mecanismos reforzados de protección<sup>55</sup>.

70. La obligación de la o el fiscal o la o el juez de adolescentes infractores, de escuchar y valorar la opinión de las y los adolescentes en relación con su consentimiento en una relación sexual, también incluye el deber de verificar que la o el adolescente no esté sujeto a una influencia o presión indebida<sup>56</sup>. Esto, considerando que incluso las relaciones sexuales entre adolescentes podrían ser producto de prácticas abusivas, relaciones asimétricas de poder, violencia, manipulación, intimidación o engaño.
71. Respecto a la evaluación del interés superior, entendida como la actividad de valorar y sopesar todos los elementos pertinentes para tomar una decisión en una determinada situación para la o el adolescente<sup>57</sup>, es necesario considerar las circunstancias específicas que hacen de las y los adolescentes únicos, tales como: la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad, el contexto social y cultural, entre otros factores y condiciones<sup>58</sup>.
72. Además, el principio del interés superior exige que la autoridad competente –la o el fiscal, o la o el juez de adolescentes infractores– previo a adoptar una decisión, analice en cada caso, las posibles repercusiones, tanto positivas como negativas de su decisión, así como que incluya la justificación de los criterios y la forma cómo

<sup>53</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 208

<sup>54</sup> CIDH, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalidad en las Américas*, párr. 261.

<sup>55</sup> El Comité de los Derechos del Niño ha indicado que, “*el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos. El proceso de ‘escuchar’ a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en el niño*”. Ver, Observación General N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (artículo 12), 20 de julio de 2009, párr. 24.

<sup>56</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párr. 150; sentencia No. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 44.

<sup>57</sup> Este Organismo ha señalado que, “*el interés superior exige, cuando se van a tomar medidas que puedan afectar derechos, aplicar el principio de proporcionalidad y ponderar*”. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párr. 152.

<sup>58</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrs. 48 y 49.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

se ponderó los intereses de la o el adolescente frente a otras consideraciones<sup>59</sup>. Al ponderar los distintos elementos que sirven para evaluar y determinar el interés superior del niño en cada caso, se deberá tener en cuenta su fin último, esto es, garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos<sup>60</sup> de las niñas, niños y adolescentes<sup>61</sup>.

73. Por otra parte, este Organismo considera necesario recordar que en el marco de procesos de juzgamiento de adolescentes infractores, las y los operadores de justicia, incluidos las y los fiscales así como las y los defensores públicos, deben ser especializados conforme manda el artículo 175 de la Constitución. Esa especialización exige que, “[t]odo el personal encargado de la administración de la justicia de menores debe tener en cuenta el desarrollo del niño, el crecimiento dinámico y constante de este, qué es apropiado para su bienestar, y las múltiples formas de violencia contra el niño”<sup>62</sup>.
74. Además, de considerar necesario, se podrá contar con mecanismos para recabar las opiniones de las y los adolescentes y valorarlas debidamente en las decisiones que se vayan a tomar, entre las que se incluye, un ambiente judicial que no sea intimidatorio, hostil, insensible, sino adecuado a la individualidad de cada persona, así como el apoyo de psicólogos, trabajadores sociales y otros funcionarios de las unidades técnicas de apoyo especializados y específicos para niñas, niños y adolescentes<sup>63</sup>. El ejercicio efectivo de los derechos de las y los adolescentes en la

<sup>59</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 6.c.

<sup>60</sup> En este sentido, el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia reconoce que, “*El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías...*”.

<sup>61</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párr. 142. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 82.

<sup>62</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007) los derechos del niño en la justicia de menores, párr. 13. Al respecto, esta Corte Constitucional ha señalado que, “[u]n operador de justicia es especializado en adolescentes infractores si es que tiene algunas capacidades: (1) conocimiento sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes (doctrina de la protección integral); (2) comprensión de la distinción entre la justicia adolescentes infractores y otras formas de hacer justicia, en particular, la justicia penal de adultos; (3) compromiso con los fines del proceso de adolescentes infractores”. Ver, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 9-17-CN/19, 9 de julio de 2019, párr. 42.

<sup>63</sup> Al respecto, el fiscal de Adolescentes Infractores de Quito, John Romo Loyola, manifiesta que, “*La participación del personal especializado, formado y experimentado es imprescindible, pues de otra manera la escucha solo será un simple exponer, pero no tendrá receptividad, y claro ninguna o poca eficacia. Ese personal debe saberle transmitirle [al niño, niña o adolescente] en términos sencillos y claros lo que va a ocurrir, lo que está ocurriendo y sus consecuencias*”. Expediente constitucional, fs. 97-11.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

administración de justicia depende de forma decisiva de la calidad y especialidad de las y los funcionarios que intervienen en el proceso.

75. Por último, esta Corte enfatiza la importancia de que las y los adolescentes cuentan con información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible por parte del Estado en materia de salud sexual y salud reproductiva, puesto que así podrán estar en mejores condiciones de adoptar decisiones informadas y responsables sobre su propio cuerpo y salud y vida sexual y reproductiva, entre las cuales se incluye, decidir mantener relaciones sexuales. El derecho a la educación sexual y reproductiva, con base en las capacidades evolutivas de las y los adolescentes<sup>64</sup>, posibilita “*un adecuado entendimiento de las implicancias de las relaciones sexuales y afectivas, particularmente en relación con el consentimiento para tales vínculos y el ejercicio de las libertades respecto a sus derechos sexuales y reproductivos*”<sup>65</sup>.

### 5. Efectos del fallo

76. Toda vez que esta Corte Constitucional determinó que la aplicación del artículo 175 numeral 5 del COIP no es compatible exclusivamente con los derechos de las y los adolescentes reconocidos los numerales 5, 9 y 20 del artículo 66, en concordancia con el artículo 45 de la Constitución de la República, puesto que sí es compatible con los derechos de las niñas, niños y adolescentes que no se encuentran en capacidad de consentir, corresponde establecer los efectos de la presente decisión.
77. La judicatura consultante indicó que si bien el legislador ha omitido considerar el inicio de vida sexual en las y los adolescentes y la imputabilidad de algunas relaciones sexuales entre ellos, “*dicha omisión no puede permitir que se declare la inconstitucionalidad de la norma, pues atentaría contra el bien superior del niño (...) puesto no solo se estaría despenalizando al menor infractor (14 a 18 años) sino también a los mayores de 18 años*”<sup>66</sup>.
78. Esta Corte Constitucional reconoce que la declaratoria de inconstitucionalidad es una medida de *ultima ratio* y que el examen de constitucionalidad debe estar orientado a garantizar la permanencia de las normas acusadas en el ordenamiento jurídico. Asimismo, es consciente de que la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma consultada podría provocar efectos nocivos dejando en desprotección a las víctimas de delitos sexuales.

<sup>64</sup> Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 139; Comité DESC, Observación General No. 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrs. 9 y 49.

<sup>65</sup> Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 139.

<sup>66</sup> Expediente de instancia, fs. 154-158. De forma similar, lo solicitaron algunos comparecientes en calidad de *amicus curiae*. Expediente constitucional, fs. 41.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

79. Por otra parte, varios comparecientes en calidad de *amicus curiae* han señalado que se debería modular el contenido de la norma consultada para que en esta se considere que las y los adolescentes con una diferencia etaria de hasta tres años entre ambos pueden consentir en una relación sexual<sup>67</sup>. Sobre esto, a lo largo de la presente sentencia, esta Corte ha indicado que la edad no es un factor absoluto para el ejercicio pleno de los derechos de las y los adolescentes, puesto que se encuentran influenciado por la madurez y la evolución de sus facultades y autonomía. De ahí que definir un rango de edad específico, además de ser discrecional por parte de la Corte Constitucional, desconocería los demás factores y condiciones que influyen en la autonomía de las y los adolescentes para ejercer de forma progresiva sus derechos.
80. Para determinar los efectos de la presente sentencia, esta Corte sí considera necesario tomar en cuenta el artículo 171 del COIP que incluye como causal del delito violación, “*cuando la víctima sea menor de catorce años*”, puesto que de acuerdo con la legislación actual, toda relación sexual con personas menores de 14 años es delito.
81. Con base en las consideraciones anteriores, el artículo 175 numeral 5 del COIP será compatible con los derechos de las y los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad, a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, y a la intimidad personal, siempre que la norma reconozca que, de acuerdo con el desarrollo y evolución de sus facultades y autonomía, podrían existir relaciones sexuales consentidas, libres, voluntarias e informadas a partir de los 14 años. Para ello, la Corte Constitucional declara la constitucionalidad aditiva del artículo 175 numeral 5 del COIP, añadiendo la frase “*excepto en los casos de personas mayores de catorce años que se encuentren en capacidad de consentir en una relación sexual*”, quedando el artículo 175 numeral 5 de la siguiente forma:

*Art. 175.- Disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva.- Para los delitos previstos en esta Sección se observarán las siguientes disposiciones comunes: (...)*

*5. En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante, **excepto en los casos de personas mayores de catorce años que se encuentren en capacidad de consentir en una relación sexual.***

82. Ahora bien, esta Corte no puede pasar por alto que incluso las relaciones sexuales a partir de los 14 años, pueden ser producto de prácticas abusivas, relaciones desiguales de poder, violencia, entre otros factores. Incluso pueden existir situaciones en que las y los adolescentes a pesar de haber consentido en una relación sexual, en realidad esto es producto del miedo, la vergüenza o incluso de

<sup>67</sup> Expediente constitucional, fs. 94-96, 139-152, 153-164.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

la desconfianza a las instituciones y al sistema de administración de justicia, dando lugar a un consentimiento aparente. En este sentido, este Organismo enfatiza que para valorar si el consentimiento en una relación sexual a partir de los 14 años es válido o se encuentra viciado, las autoridades competentes –la o el fiscal, o la o el juez de adolescentes infractores– además de escuchar a las y los adolescentes y tomar en cuenta seriamente su opinión con base en el principio del interés superior, deben analizar las circunstancias de cada caso y considerar, al menos, los siguientes parámetros:

- a) El consentimiento debe ser brindado de forma libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin violencia, amenaza o coerción<sup>68</sup>;
- b) La o el adolescente que manifiesta haber consentido en una relación sexual debe estar en capacidad de hacerlo en función de su madurez, autonomía progresiva y evolución de facultades;
- c) La no existencia de relaciones asimétricas o desiguales de poder o de sometimiento que vicien dicho consentimiento<sup>69</sup>. Para ello se deberán considerar, entre otros aspectos: la diferencia etaria, el sexo, el grado de parentesco, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad, el contexto social, económico y cultural y étnico entre otros; y
- d) La valoración del consentimiento se debe realizar de forma individual a través de la evaluación y determinación del principio del interés superior y garantizando el derecho a ser escuchado de las y los adolescentes, conforme lo establecido en la presente sentencia.

**83.** Asimismo, en el caso de que una o un adolescente sea considerado como sujeto activo por mantener relaciones sexuales con otra u otro adolescente, toda autoridad deberá considerar las particularidades y principios rectores de la justicia especializada en adolescentes infractores y tendrá en cuenta su diferencia etaria, conjuntamente con los otros parámetros establecidos en el párrafo anterior.

**84.** Esta Corte considera necesario enfatizar que la evaluación del consentimiento es sólo aplicable para determinar la existencia o no de relaciones sexuales consentidas de adolescentes a partir de los 14 años que no deberían ser penalizadas. De ahí que, conforme lo advertido en la presente sentencia, los criterios desarrollados y la evaluación del consentimiento no se aplica para los delitos, por ejemplo, de pornografía infantil, trata de personas, explotación sexual, prostitución forzada, turismo sexual o comercialización de pornografía infantil, e incluso aquellos delitos tipificados en la Sección Cuarta, Capítulo Segundo, Título IV del COIP a los que hace referencia la norma consultada como: la inseminación no consentida, acoso sexual, distribución de material pornográfico, corrupción de

<sup>68</sup> Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 181.

<sup>69</sup> Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párrs. 129-131; Escrito de *amicus curiae* presentado por el Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos “SURKUNA”. Expediente constitucional, fs. 153-164.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

niñas, niños y adolescentes, utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual, contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos y oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos.

85. La presente decisión tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad, es decir efectos generales conforme lo dispuesto en el artículo 143 numeral 1 de la LOGJCC. Esto, sin perjuicio de la aplicación del principio de favorabilidad penal previsto en el artículo 76 numeral 5 de la Constitución. Por lo que se podrán activar los mecanismos judiciales pertinentes para garantizar que la norma consultada sea aplicada conforme lo resuelto en la presente sentencia en los procesos que fuesen relevantes.
86. Por último, en relación con los efectos de la sentencia al caso en concreto, esta Corte observa que la adolescente presunta víctima al momento de los hechos no alcanzaba los 14 años, por lo que conforme el análisis expuesto en la presente sentencia no sería posible considerar que se encontraba en capacidad de consentir, a diferencia del adolescente de 17 años. Esto sin perjuicio de que la o el fiscal de adolescentes infractores, en el marco de sus atribuciones legales, continúe con las diligencias necesarias a fin de reunir los elementos de convicción que le permitan deducir o no una imputación.

## 6. Decisión

87. En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional resuelve:

1. **Absolver** la consulta de constitucionalidad de norma planteada por el juez de la Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con sede en el Distrito Metropolitano de Quito y declarar la constitucionalidad aditiva del artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, el cual en adelante se leerá de la siguiente forma:

*Art. 175.- Disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva.- Para los delitos previstos en esta Sección se observarán las siguientes disposiciones comunes: (...)*

*5. En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante, **excepto en los casos de personas mayores de catorce años que se encuentren en capacidad de consentir en una relación sexual.***

Para valorar si el consentimiento en una relación sexual a partir de los 14 años es válido o se encuentra viciado, las autoridades competentes –la o el fiscal, o la o el juez de adolescentes infractores– además de escuchar a las y los adolescentes y tomar en cuenta seriamente su opinión con base en el principio del interés



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

superior, deben analizar las circunstancias de cada caso y considerar, al menos, los siguientes parámetros:

- a) El consentimiento debe ser brindado de forma libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin violencia, amenaza o coerción<sup>70</sup>;
  - b) La o el adolescente que manifiesta haber consentido en una relación sexual debe estar en capacidad de hacerlo en función de su madurez, autonomía progresiva y evolución de facultades;
  - c) La no existencia de relaciones asimétricas o desiguales de poder o de sometimiento que vicien dicho consentimiento<sup>71</sup>. Para ello se deberán considerar, entre otros aspectos: la diferencia etaria, el sexo, el grado de parentesco, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad, el contexto social, económico y cultural y étnico entre otros; y
  - d) La valoración del consentimiento se debe realizar de forma individual a través de la evaluación y determinación del principio del interés superior y garantizando el derecho a ser escuchado de las y los adolescentes, conforme lo establecido en la presente sentencia.
  - e) En el caso de que una o un adolescente sea considerado como sujeto activo por mantener relaciones sexuales con otro u otra adolescente, toda autoridad deberá considerar las particularidades y principios rectores de la justicia especializada en adolescentes infractores y tendrá en cuenta su diferencia etaria, conjuntamente con los otros parámetros establecidos.
2. **Declarar** que la presente sentencia tendrá efectos generales de conformidad con el artículo 143 numeral 1 de la LOGJCC, y hacia futuro, sin perjuicio de la aplicación del principio de favorabilidad.
  3. **Ordenar** que la Fiscalía General del Estado, el Consejo de la Judicatura y la Defensoría Pública y el Consejo de Igualdad Intergeneracional, en el término de 10 días contados desde la notificación de la presente sentencia, difundan la sentencia a las y los fiscales de adolescentes infractores, a las y los jueces de adolescentes infractores, a las y los defensores públicos, y a los consejos cantonales de protección de derechos, respectivamente. La Fiscalía General del Estado, el Consejo de la Judicatura, la Defensoría Pública y el Consejo de Igualdad Intergeneracional, a través de su representante y en el mismo término de 10 días, deberán remitir a la Corte Constitucional los documentos que justifican la difusión de la presente sentencia.
  4. **Disponer** que la Fiscalía General del Estado, el Consejo de la Judicatura y la Defensoría Pública y el Consejo de Igualdad Intergeneracional, en el término

<sup>70</sup> Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 181.

<sup>71</sup> Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párrs. 129-131; Escrito de *amicus curiae* presentado por el Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos "SURKUNA". Expediente constitucional, fs. 153-164.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 13-18-CN/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

de 10 días contados desde la notificación de la presente sentencia, publiquen la sentencia en su sitio web institucional y difundan la misma a través de sus cuentas oficiales en redes sociales por 3 meses consecutivos. En el mismo término, deberán informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento.

5. **Ordenar** que la presente sentencia se incluya como parte del contenido de los programas de formación de la Escuela de la Función Judicial para fortalecer el sistema de justicia especializado, y que se realicen capacitaciones a juezas y jueces, fiscales y defensores públicos en materia de administración de justicia juvenil. El representante de la Escuela de la Función Judicial, en el término de 30 días contados desde la notificación de la presente sentencia, deberá remitir a la Corte Constitucional un plan de capacitación y un cronograma para cumplir con la presente medida.
6. **Exhortar** a la Asamblea Nacional a adecuar el Código Orgánico Integral Penal conforme los parámetros emitidos en la presente sentencia considerando la capacidad de las y los adolescentes para consentir en una relación sexual.
7. **Devolver** el expediente a la judicatura consultante.

88. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

LUIS HERNAN  
BOLIVAR  
SALGADO  
PESANTES  
Dr. Hernán Salgado Pesantes  
**PRESIDENTE**

Firmado digitalmente  
por LUIS HERNAN  
BOLIVAR SALGADO  
PESANTES  
Fecha: 2021.12.21  
12:39:57 -05'00'

**Razón:** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con seis votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; y, tres votos en contra de los Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce, Enrique Herrería Bonnet y Teresa Nuques Martínez, en sesión ordinaria de miércoles 15 de diciembre de 2021.- Lo certifico.

CYNTHIA  
PAULINA  
SALTOS  
CISNEROS  
Dra. Paulina Saltos Cisneros  
**SECRETARIA GENERAL (S)**

Firmado digitalmente por  
CYNTHIA  
PAULINA SALTOS  
CISNEROS



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**SENTENCIA No. 13-18-CN/21**

**VOTO CONCURRENTE**

**Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría**

1. En la Sentencia No. 13-18-CN/21, a base del proyecto elaborado por la jueza constitucional Daniela Salazar Marín, aprobada por mayoría, me permito razonar mi voto para destacar el avance de esta decisión para los derechos de las personas adolescentes y para señalar un paso pendiente en la reivindicación de los derechos de los niños y niñas en el tema resuelto.
2. La situación que resuelve la sentencia –más allá de los detalles del caso concreto– es la de una mujer adolescente que tiene relaciones sexuales consentidas con su enamorado. El padre de la adolescente le denuncia por violación y el supuesto enamorado va a la cárcel. En este escenario, el padre logra su propósito gracias a que la ley dispone que “[e]n los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante”.<sup>1</sup>
3. La Corte, entre otras decisiones, resolvió declarar la inconstitucionalidad de la frase que determinaba la irrelevancia del consentimiento de las personas adolescentes mayores de 14 años y determinó los criterios para valorar el consentimiento (libertad, capacidad, asimetría de poder en las relaciones, interés superior, opinión, justicia especializada).
4. En este voto razonado quisiera destacar cuatro cuestiones: (i) la realidad de la adolescencia y su sexualidad; (ii) el avance en la doctrina de protección integral; (iii) el doble estándar en el tratamiento sobre la sexualidad de hombres y mujeres; (iv) los riesgos de la evaluación profesional del consentimiento.
  - (i) *La realidad de la adolescencia y su sexualidad*
5. La sentencia no solo que tiene una profunda argumentación jurídica sino también que pone la solución del caso en el contexto social: las niñas y adolescentes están más expuestas a la violencia; gran cantidad de personas inician su vida sexual antes de los 18 años, al punto que existe un número considerable de personas que se embarazan siendo adolescentes; existen aproximadamente 280 adolescentes privados de su libertad por el delito de violación, entre los cuales estarían incluidos adolescentes que afirman haber mantenido relaciones sexuales consentidas con otras adolescentes.
6. En otras palabras, las personas adolescentes viven su vida sexual y se está privando de su libertad, por la aplicación de la norma, a los hombres que tienen sexo con sus novias adolescentes.

<sup>1</sup> COIP, artículo 175 (5).



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



7. La Corte no está promoviendo el inicio de la vida sexual temprana. Simplemente existe, es la realidad. Lo que hace la Corte es poner el acento en una de las formas como se aborda esta situación: la criminalización de la sexualidad adolescente.
8. El inicio de la vida sexual no tiene que ver con que exista una norma penal que considera delito una práctica. La existencia de la norma penal no quita ni aumenta el deseo sexual. Seguro estoy que muy pocas personas habrán leído la ley penal y les habrá disuadido de tener contacto sexual.
9. El inicio de la vida sexual temprana y todos los desastrosos efectos que pueden presentarse, como los embarazos no deseados o el experimentar una primera relación sexual no satisfactoria, tiene que ver más bien con la falta de información adecuada y la consideración del tema como tabú. Hay que hablar de sexualidad de la misma manera como se aprende otras cuestiones básicas de la vida, como cruzar la calle o comer vegetales. La sexualidad es parte de la vida y es fundamental para la existencia del ser humano. Conocer la sexualidad y aprender a vivirla a plenitud permitiría mejores condiciones y prevendría muchos problemas que atraviesan nuestros adolescentes.
10. Las libertades requieren de condiciones para que puedan ser efectivamente ejercidas. Hay libertades que requieren particular esfuerzo para un mejor ejercicio. La peor forma de abordarlas es mediante el uso y el abuso del poder punitivo del Estado.
11. La criminalización de la vida sexual de los adolescentes solo trae mayores problemas. Entre ellos, la judicialización de la sexualidad, la intolerancia a prácticas que nos parecen inadecuadas, el padecimiento de quienes acaban en la cárcel, el aumento de la incomunicación entre adultos y adolescentes, las rupturas abruptas de relaciones afectivas. Nadie gana cuando se denuncia y acusa a una persona adolescente por ejercer una de sus libertades.
12. La vida sexual, junto con todos los derechos sexuales y reproductivos, requieren de políticas públicas encaminadas a la expansión de las capacidades para poder tomar mejores decisiones. Mientras más y mejor información se tiene, más tarde se inicia la vida sexual y menos efectos desagradables tendríamos por el inicio temprano e inadecuado de la sexualidad.  
  
(ii) *El avance en la doctrina de protección integral*
13. Esta sentencia es un paso más, y muy importante, que la Corte da a favor de los derechos de los niños y niñas. Reconoce que las personas adolescentes tienen capacidad para tomar decisiones sobre su vida sexual.
14. Hay cuestiones que son fáciles de asumir y aceptar, como que los adolescentes deben ser escuchados en procedimientos administrativos y judiciales en los que se



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



les impone sanciones, en los juicios en los que se decide su tenencia, en procesos de participación política (pueden votar a partir de los 16 años), en participar en la vida cultural y deportiva.

15. Hay otras que cuestan un poco más aceptar. Entre éstas las libertades sexuales. Sin embargo, a pesar de esta reticencia, la Corte reconoce y afirma esta libertad.

16. La sentencia reconoce el desarrollo progresivo de los derechos y confirma una regla que tiene por objeto proteger a la niñez: personas menores de 14 años no tienen consentimiento para tener relaciones sexuales.

*(iii) El doble estándar en el tratamiento de la sexualidad de hombres y mujeres adolescentes*

17. Hay un aspecto que no puedo dejar de comentar, porque refleja, en la aplicación de la norma, una de las manifestaciones del patriarcado.

18. La norma usa la palabra “víctima” para referirse al consentimiento. Tanto hombres como mujeres adolescentes podrían tener un consentimiento irrelevante cuando deciden tener relaciones sexuales. Sin embargo, solo los hombres son quienes están presos por violación al tener relaciones sexuales con su pareja adolescente.

19. Los padres que encuentran a sus hijos teniendo relaciones sexuales con una mujer adolescente jamás se les ocurriría denunciar a la adolescente. Al revés, cuando el padre de la hija la “pesca” con un hombre, entonces hay violación y se presume inmediatamente que ha sido abusada. Es decir, el hombre adolescente tiene libertad para tener relaciones sexuales con mujeres mayores de edad; la mujer adolescente no tiene libertad para tener relaciones sexuales con cualquier persona. La libertad del hombre se la ejerce; la mujer está sujeta a control parental.

20. Un hecho adicional muy común. Los adolescentes hombres suelen iniciar, cuando siguen en ese camino tortuoso de demostrar que son “hombres”, su vida sexual con personas prostitutas. Estas personas suelen ser mayores de edad. No conozco y supongo que no es frecuente que se denuncie a esas personas. Tampoco es frecuente considerar que el consentimiento del adolescente sea irrelevante. La norma, como muchas otras, tiene color machista. Simplemente no se aplica para los hombres adolescentes que ejercen su libertad sexual.

21. La aplicación de la norma refuerza el estereotipo patriarcal de que las mujeres son víctimas, pasivas, no tienen consentimiento, son abusadas, requieren protección y control. La falta de aplicación de la norma a los hombres también refuerza el estereotipo de que son libres, activos, actores sociales, consienten, no requieren protección y controlan.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



22. La Corte, una vez más a través de esta sentencia, contribuye a combatir y ojalá eliminar los estereotipos de género y de golpear, aunque sea sutilmente, al patriarcado.

*(iv) Los riesgos de la evaluación profesional del consentimiento*

23. La sentencia reconoce que las y los adolescentes están dotados de capacidad para tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la sexualidad.

24. Sin embargo, establece que su consentimiento debe someterse a evaluación profesional. Menciona, entre otras posibilidades, que esta evaluación sea hecha con el apoyo de psicólogos, trabajadores sociales y otros funcionarios de las unidades técnicas de apoyo especializados y específicos para niñas, niños y adolescentes.

25. Esto, en otras palabras, quiere decir que son capaces pero se puede poner en duda ese consentimiento. Tengo claro que, cuando no hay consentimiento, a cualquier edad, se trata de violación. Pero que se tenga que someter a un procedimiento judicial, y a la evaluación de un profesional, se está disminuyendo la consideración de que las personas adolescentes son personas capaces.

26. Lo ideal hubiese sido establecer, como regla, que las personas adolescentes tienen la capacidad para tomar decisiones libres e informadas y que, excepcionalmente, se requerirá de una evaluación profesional, cuando existen indicios de un posible vicio de consentimiento.

\*\*\*

27. La Corte ha tenido una vez más el coraje de ir en contra del sentido común, de una sociedad patriarcal, de los dogmas, prejuicios asentados y las ficciones del derecho, y de avanzar en la promoción y garantía de derechos. Por eso, vote a favor de esta sentencia.

RAMIRO  
FERNANDO AVILA  
SANTAMARIA

Firmado digitalmente por  
RAMIRO FERNANDO  
AVILA SANTAMARIA  
Fecha: 2021.12.21  
12:51:19 -05'00'

Ramiro Avila Santamaría  
**JUEZ CONSTITUCIONAL**



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 13-18-CN  
Jurisprudencia



**Razón.-** Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría, en la causa 13-18-CN, fue presentado en Secretaría General el 16 de diciembre de 2021, mediante correo electrónico a las 10:32; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

CYNTHIA  
PAULINA  
SALTOS  
CISNEROS

Firmado  
digitalmente por  
CYNTHIA  
PAULINA SALTOS  
CISNEROS

Dra. Paulina Saltos Cisneros  
**SECRETARIA GENERAL (S)**



**ECUADOR**  
CASO 1214-18-EP  
Fallos Remitidos

## FALLO REMITIDO

<b>País</b>	Ecuador
<b>Tribunal</b>	Corte Constitucional del Ecuador
<b>Materia</b>	Constitucional
<b>Intervino la defensa pública oficial</b>	Si
<b>Datos del defensor/a público</b>	Nina Guerrero, perteneciente a la Coordinación Provincial de Defensa del Trabajador y Ciudadanía Pichincha
<b>Derechos involucrados</b>	Debido proceso en la garantía de motivación, seguridad Jurídica, tutela judicial efectiva, derecho a la libertad personal, derecho a la integridad personal, vulneración principio de no devolución.

**Breve relacion de los hechos** El 2 de marzo de 2018, Nina Guerrero, en calidad de defensora pública, presentó una acción de hábeas corpus con una solicitud de medidas cautelares, respecto de la retención en la zona de inadmitidos del Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre de las personas en situación de movilidad humana Aaron Awak, Stephen Yondo Lyonga, Joseline Abo Fon, Miranda Angun Teke, Mbachick Emmanuel Tekoh y Smith Emmanuel Mbah, de nacionalidades nigeriana y camerunés, respectivamente, en contra de Ministerio del Interior (actual Ministerio de Gobierno) y el Servicio de Apoyo Migratorio.

Ese mismo día, el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia de Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha (en adelante, "Tribunal de Garantías Penales"), mediante providencia de 2 de marzo de 2018, convocó a audiencia para el día 5 de marzo de 2018 a las 12h00, dispuso que el Ministerio del Interior y el Servicio de Apoyo Migratorio "tomando las seguridades necesarias y bajo su responsabilidad trasladen a [las personas] el día y hora de la audiencia señalada" y señaló que la solicitud de medidas cautelares se atenderá oportunamente en la audiencia.

El 5 de marzo de 2018, la Defensoría del Pueblo presentó un escrito ante la judicatura en calidad de amicus curiae y, en lo principal, señaló que fueron impedidos de ingresar a la zona de inadmitidos del aeropuerto para constatar las condiciones en las que se encontraban las personas en situación de movilidad humana allí retenidas y que "existen fundadas presunciones de que se trata de personas con necesidad de protección internacional de acuerdo con la información recabada por la Defensoría Pública".

Mediante providencia de 5 de marzo de 2018, el Tribunal de Garantías Penales citó la razón actuarial de la audiencia que indicaba "que la audiencia señalada para el día de hoy cinco de marzo del 2018,



**ECUADOR**  
CASO 1214-18-EP  
Fallos Remitidos

a las 12h00, se difiere por ausencia de los accionantes (...) pues al manifestar el (...) Servicio de Apoyo Migratorio (...) que los accionantes no pueden ser trasladados por razones de seguridad, y al ser necesario su presencia para la realización de la presente audiencia, se la difiere para el día martes 6 de marzo del 2018 (...) con la finalidad de que el tribunal se constituya en el aeropuerto Mariscal Sucre”. En dicha providencia, asimismo manifestó que “... resulta entendible por la falta de tiempo suficiente la no comparecencia de la Procuraduría General del Estado, así como la falta de preparación para el debido desarrollo de la audiencia por parte del accionado”, y en consecuencia convocó la audiencia para el 6 de marzo de 2018 a las 10h00 en el aeropuerto.

El 6 de marzo de 2018 se realizó la audiencia en el Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre. En la misma, el juez negó la acción de hábeas corpus y el pedido de medidas cautelares por improcedentes puesto que, a su criterio, las personas migrantes no se encontraban “privados de la libertad, sino impedidos de ingresar en territorio ecuatoriano” y que es sospecho que se aleguen necesidades de protección internacional cuando se presentaron como turistas frente a los agentes de migración. En contra de esta decisión, la parte accionante apeló.

El 13 de abril del 2018, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha (en adelante, “Sala de la Corte Provincial”) desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia.

El 16 de mayo de 2018, Nina Guerrero, en calidad de defensora pública y en representación del grupo de personas migrantes inadmitidas (en adelante, “la accionante”), presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de 13 de abril de 2018.

**Fundamentos de derecho**

**Constitución de la República del Ecuador:**

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

(...) 3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

- a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.
- c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

(...) 14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente. Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligran por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a



**ECUADOR**  
CASO 1214-18-EP  
Fallos Remitidos

determinado grupo social, o por sus opiniones políticas. Se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados (...)."

"Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley".

"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

(...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados (...)."

"Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes".

**Contexto social y económico del caso**

En defensa de personas extranjeras, en situación de movilidad humana, que han sido retenidas en la zona de inadmitidos del Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre.

**Instancia procesal en la que se emite la sentencia**

Corte Constitucional del Ecuador

**Instrumento y/o criterio internacional invocado**

Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "las declaraciones rendidas por las presuntas víctimas no pueden ser valoradas aisladamente, sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso, ya que son útiles en la medida en que pueden proporcionar mayor información sobre las presuntas violaciones y sus consecuencias". Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Fondo, reparaciones y costas, párr. 22.

LOMH, Artículo 137: "Causales de inadmisión.- Las causales para la

**ECUADOR**

CASO 1214-18-EP

Fallos Remitidos

inadmisión de una persona extranjera son: (...) 4. Carezca de documento de viaje válido y vigente expedido por la autoridad competente del lugar de origen o domicilio”.

LOMH, Artículo 137: “Causales de inadmisión.- Las causales para la inadmisión de una persona extranjera son: (...) 5. Carezca de visa vigente en los casos que ésta sea requerida de acuerdo con la política migratoria ecuatoriana o no justifique su condición migratoria”.

CMW, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores y de sus familiares. Artículo 16; CIDH, Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes. Principio 68.

LOHM, artículo 137: “Causales de inadmisión.- Las causales para la inadmisión de una persona extranjera son: (...) 4. Carezca de documento de viaje válido y vigente expedido por la autoridad que corresponde del lugar de origen o domicilio, salvo en los casos de personas solicitantes de protección internacional con resolución de admisión debidamente notificada en Ecuador por la autoridad competente.

5. Carezca de visa vigente en los casos que ésta sea requerida de acuerdo con la política migratoria ecuatoriana o no justifique su condición migratoria...”.

Artículo 138 de la LOMH, el procedimiento para la inadmisión consiste en: elaborar un informe por parte de la o el agente de control migratorio que identifique una posible causa de inadmisión, en el plazo máximo de veinticuatro horas; celebrar una audiencia ante la autoridad de control migratorio; emitir una resolución motivada sobre la situación migratoria de la persona extranjera de forma motivada; comunicar a la empresa de transporte aérea respectiva, con la resolución para que se proceda con el retorno de la persona extranjera.

LOHM, artículo 137: “(...) En los casos previstos en las causales de los numerales 2, 3, 4, 5, 9, 11 y 12 de este artículo, se dispondrá de forma inmediata el retorno de la persona inadmitida, sin que medie procedimiento adicional alguno, la cual podrá ingresar al país una vez que haya subsanado la causal de inadmisión”.

El artículo 138 literal a) del Reglamento a la LOMH establece que, “De existir resolución de inadmisión de la persona extranjera, en: a) Aeropuertos: se procederá a comunicar inmediatamente a la empresa transportadora que condujo a la persona extranjera al Ecuador, con la respectiva resolución y acta de custodia a fin de que proceda a trasladarla de retorno al país de origen, último puerto de embarque, o a cualquier otro lugar donde sea admisible”.

Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), Anexo 9 al Convenio



**ECUADOR**  
CASO 1214-18-EP  
Fallos Remitidos

sobre Aviación Civil Internacional, “5.9 El explotador de aeronaves será responsable de los costos de la custodia y cuidado de una persona documentada inapropiadamente desde el momento en que se considera no admisible y se le entrega nuevamente al explotador de aeronaves para su retiro del Estado”.

El Anexo 9 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional define a la “Zona de tránsito directo” como “Zona especial que se establece en los aeropuertos internacionales, con la aprobación de las autoridades competentes y bajo su supervisión o control directos, en la que los pasajeros pueden permanecer durante el tránsito o trasbordo sin solicitar entrada al Estado”.

Sentencia No. 2533-16-EP/21 de 28 de julio de 2021, párr. 78, citando a: CIDH, Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas. Disposición General; CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 385.

Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, General comment No. 5 (2021) on migrants’ rights to liberty, freedom from arbitrary detention and their connection with other human rights, párr. 15.

ACNUR, Consideraciones jurídicas sobre la responsabilidad de los Estados en lo relativo a las personas que buscan protección internacional en las zonas de tránsito o “zonas internacionales” de los aeropuertos, 17 de enero de 2019. CIDH, Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, Principio 6.

ACNUDH, Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales, 23 de julio de 2014, A/69/CRP.

El artículo 138 del Reglamento a la LOMH establece que “La autoridad de control migratorio será la responsable del cuidado de la persona extranjera que se encuentre en proceso de inadmisión hasta que sea entregada a la empresa transportadora, de conformidad con lo que establece la Ley Orgánica de Movilidad Humana”.

Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, General comment No. 5 (2021) on migrants’ rights to liberty, freedom from arbitrary detention and their connection with other human rights, párr. 83.

Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo,

**ECUADOR**

CASO 1214-18-EP

Fallos Remitidos

Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 150; Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párr. 85; Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019.

Serie C No. 395, párr. 60; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 319.

Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 58.

Corte IDH. Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 6 de septiembre de 2012, párr. 14.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22 numeral 8; Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 33; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, artículo 3 numeral 1.

Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 135-136.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 13; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas; artículo 3.

CIDH, Migración Forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica, párr. 216.

ACNUR, Consideraciones jurídicas sobre la responsabilidad de los Estados en lo relativo a las personas que buscan protección internacional en las zonas de tránsito o “zonas internacionales” de los aeropuertos, p. 3.

ACNUR, Consideraciones jurídicas sobre la responsabilidad de los Estados en lo relativo a las personas que buscan protección internacional en las zonas de tránsito o “zonas internacionales” de los aeropuertos, pp. 4-5.

**Medidas de reparación  
integral adoptadas**

**Adecuación normativa**

Que el Ministerio de Gobierno, con el apoyo de la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública, en el plazo de seis meses contados desde la notificación de la presente sentencia, prepare y apruebe un instructivo



**ECUADOR**  
CASO 1214-18-EP  
Fallos Remitidos

jurídico mediante acuerdo ministerial con el fin de proteger y precautelar los derechos de las personas inadmitidas a territorio nacional en las zonas de tránsito o internacionales en los aeropuertos, conforme lo dispuesto en los párrafos 144 ut supra. El Ministerio de Gobierno deberá presentar un informe de avance en el plazo de tres meses de notificada la sentencia y el instructivo aprobado en el plazo de seis meses.

Que la Defensoría del Pueblo, con el apoyo de organizaciones de sociedad civil que trabajan temas de movilidad humana, la Defensoría Pública y otros organismos técnicos, en el plazo de 6 meses de notificada la presente sentencia, elabore y presente un proyecto de ley reformativa a la Ley Orgánica de Movilidad Humana conforme lo dispuesto en el párrafo 145 ut supra. Una vez presentado el proyecto de ley, la Asamblea Nacional deberá tramitarlo y aprobarlo en el plazo máximo de 18 meses. La Defensoría del Pueblo deberá informar de forma trimestral sobre el cumplimiento de la presente medida.

#### **Adecuación de espacios físicos**

Que el Ministerio de Gobierno junto a la Defensoría del Pueblo, en el plazo de tres meses de notificada la sentencia, elaboren un informe sobre las condiciones actuales de las salas de inadmitidos o de inadmisión en los aeropuertos internacionales del país, e identifiquen las adecuaciones que deberían realizarse a dichos espacios físicos para que estos sean compatibles con los derechos a la libertad e integridad personal de las personas en las zonas de tránsito o internacionales, conforme lo dispuesto en el párrafo 149 ut supra. Las referidas instituciones deberán informar a esta Corte de forma documentada el cumplimiento de esta medida dentro del plazo señalado.

Que el Ministerio de Gobierno, una vez emitido el informe referido en el párrafo anterior, ponga en conocimiento dicho informe a las empresas concesionarias de los servicios aeroportuarios en el país así como a los gobiernos autónomos descentralizados correspondientes, y coordine con ambos las acciones para adecuar los espacios físicos en los que se encuentran las personas inadmitidas a territorio nacional en las zonas de tránsito o internacionales en los aeropuertos internacionales del país conforme lo dispuesto en el párrafo 150 ut supra. El Ministerio de Gobierno deberá informar sobre el cumplimiento de la presente medida en el plazo máximo de seis meses contados desde la presentación del informe.

#### **Capacitaciones**

Que el Ministerio de Gobierno a través de la Subsecretaría de Migración, en coordinación con la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública y de ser el caso con el apoyo de ACNUR, en el plazo de tres meses contados desde la notificación de la presente sentencia, elabore un plan



**ECUADOR**  
CASO 1214-18-EP  
Fallos Remitidos

de capacitaciones dirigidas a todas las y los funcionarios de la Dirección de Control Migratorio y de las Unidades de Control Migratorio del país, conforme lo dispuesto en el párrafo 151 ut supra. Las capacitaciones deberán ejecutarse durante el presente año y el Ministerio de Gobierno deberá informar de forma trimestral sobre el cumplimiento de la medida.

Que el Consejo de la Judicatura y la Defensoría Pública, en el plazo de tres meses contados desde la notificación de la presente sentencia, incluyan la presente sentencia así como las demás emitidas por esta Corte en movilidad humana, dentro de un programa específico de formación sobre los derechos de las personas en situación de movilidad humana y las garantías jurisdiccionales, de la Escuela de la Función Judicial y la Escuela Defensorial. Ambas instituciones, en el mismo término, deberán elaborar un plan de capacitaciones tanto a juezas y jueces con competencia en garantías jurisdiccionales como a defensores y defensoras públicas a nivel nacional, y ejecutar dichas capacitaciones durante el presente año. Ambas instituciones deberán informar de forma trimestral sobre el cumplimiento de esta medida.

#### **Publicación y difusión de sentencia**

Que el Ministerio de Gobierno, la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública y el Consejo de la Judicatura efectúen una amplia y generalizada difusión del contenido de la presente sentencia a todas las y los funcionarios que presten sus servicios en los puertos y aeropuertos de ingreso y salida del país; al personal encargado del patrocinio de causas; a las y los defensores públicos; y a las juezas y jueces con competencia en garantías jurisdiccionales, respectivamente. Esta difusión deberá realizarse en el plazo máximo de 15 días contados a partir de la notificación de la presente sentencia y en el mismo plazo deberán informar a esta Corte de forma documentada sobre su cumplimiento.

Que el Ministerio de Gobierno, la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública y el Consejo de la Judicatura publiquen el contenido de la presente decisión en sus sitios web institucionales durante tres meses consecutivos contados desde su notificación. Las referidas instituciones deberán informar a esta Corte de forma documentada el cumplimiento de esta medida dentro del plazo señalado.

**Fallo** La presente sentencia constituye por sí sola una forma de reparación.

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

Aceptar la acción extraordinaria de protección No. 1214-18-EP, y

**ECUADOR**

CASO 1214-18-EP

Fallos Remitidos

declarar la vulneración de los derechos al debido proceso en la garantía de motivación y a la seguridad jurídica en las decisiones judiciales impugnadas.

Dejar sin efecto las sentencias dictadas el 9 de marzo de 2018 por el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, y el 13 de abril del 2018 por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción de hábeas corpus No. 17240-2018-00006.

---

**Votación por la que fue adoptada**

Mayoritario: votos de los jueces:  
Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Carmen Corral Ponce Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín, Hernán Salgado Pesantes.

---

**Votos concurrentes o disidentes:**

**Votos concurrentes:**

**Votos en contra:**

Enrique Herrería Bonnet

---

**Otros datos de interés**



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 1214-18-EP/22  
 Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

Quito, D.M. 27 de enero de 2022.

**CASO No. 1214-18-EP**

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,  
 EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y  
 LEGALES, EMITE LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA No. 1214-18-EP/22**

**Tema:** La Corte Constitucional analiza las sentencias de primera y segunda instancia emitidas dentro de la acción de hábeas corpus No. 17240-2018-00006, y declara vulnerados los derechos a la motivación y a la seguridad jurídica. Luego de verificar los presupuestos excepcionales para la procedencia del examen de mérito, la Corte resuelve la acción de hábeas corpus presentada por Nina Guerrero, en calidad de defensora pública, a favor de un grupo de personas migrantes de nacionalidad camerunés y nigeriana, inadmitidas a territorio nacional y retenidas en las zonas de tránsito o internacionales del Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre; y declara la vulneración de los derechos a la libertad personal, integridad personal y principio de no devolución.

**Contenido**

<b>1. Antecedentes y procedimiento</b> .....	<b>2</b>
1.1. Antecedentes procesales.....	2
1.2. Procedimiento ante la Corte Constitucional.....	4
<b>2. Competencia</b> .....	<b>4</b>
<b>3. Fundamentos de los sujetos procesales</b> .....	<b>5</b>
3.1. Fundamentos de la acción extraordinaria de protección.....	5
3.2. Posición de la autoridad judicial accionada.....	6
3.3. Fundamentos de los comparecientes en calidad de <i>amicus curiae</i> .....	6
<b>4. Análisis constitucional</b> .....	<b>7</b>
4.1. Sobre el derecho a la seguridad jurídica en la sentencia de primera instancia..	7
4.2. Sobre el derecho al debido proceso en la garantía de motivación en la sentencia de segunda instancia.....	11
<b>5. Presupuestos para el control de mérito</b> .....	<b>14</b>
<b>6. Acción de hábeas corpus</b> .....	<b>16</b>
<b>6.1. Alegatos de los sujetos procesales</b> .....	<b>16</b>
6.1.1. Fundamentos de la accionante.....	16
6.1.2. Fundamentos de la entidad accionada.....	18
6.1.3. Fundamentos de los <i>amici curiae</i> .....	19
<b>6.2. Hechos probados</b> .....	<b>19</b>
<b>6.3. Análisis de mérito del proceso de origen</b> .....	<b>24</b>
6.3.1. Sobre la presunta vulneración del derecho a la libertad personal.....	24
6.3.2. Sobre la presunta vulneración del derecho a la integridad personal.....	32

1

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 1214-18-EP/22****Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

6.3.3. Sobre la presunta vulneración del derecho y principio de no devolución ..	35
<b>7. Reparaciones .....</b>	<b>40</b>
7.1. Adecuación normativa.....	41
7.2. Adecuación de espacios físicos .....	42
7.3. Capacitación .....	43
7.4. Publicación y difusión de la sentencia.....	44
<b>8. Decisión.....</b>	<b>44</b>

**1. Antecedentes y procedimiento****1.1. Antecedentes procesales**

1. El 2 de marzo de 2018, Nina Guerrero, en calidad de defensora pública, presentó una acción de hábeas corpus con una solicitud de medidas cautelares, respecto de la retención en la zona de inadmitidos del Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre de las personas en situación de movilidad humana Aaron Awak, Stephen Yondo Lyonga, Joseline Abo Fon, Miranda Angun Teke, Mbachick Emmanuel Tekoh y Smith Emmanuel Mbah, de nacionalidades nigeriana<sup>1</sup> y camerunés, respectivamente<sup>2</sup>, en contra de Ministerio del Interior (actual Ministerio de Gobierno) y el Servicio de Apoyo Migratorio<sup>3</sup>.
2. Ese mismo día, el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia de Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha (en adelante, “Tribunal de Garantías Penales”), mediante providencia de 2 de marzo de 2018, convocó a audiencia para el día 5 de marzo de 2018 a las 12h00, dispuso que el Ministerio del Interior y el Servicio de Apoyo Migratorio “*tomando las seguridades necesarias y bajo su responsabilidad trasladen a [las personas] el día y hora de la audiencia señalada*” y señaló que la solicitud de medidas cautelares se atenderá oportunamente en la audiencia.

<sup>1</sup> Del informe presentado por el Ministerio de Gobierno el 17 de enero de 2022, se desprende que la nacionalidad de Aaron Awak es nigeriana y que el documento de viaje que poseía de San Cristóbal y Nieves fue reportado como robado.

<sup>2</sup> Las personas en situación de movilidad humana se encontraban en la sala de inadmitidos del aeropuerto por incurrir en causales de inadmisión a territorio nacional conforme lo dispuesto en el artículo 137 numerales 4 y 5 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana. Este proceso fue signado con el No. 17240-2018-00006.

<sup>3</sup> En su demanda solicitó como medidas cautelares que se ordene al Ministerio del Interior y a la Unidad de Control Migratorio del Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre que: “1) (...) se abstengan de ejecutar cualquier acción tendiente a la devolución (...); 2) (...) permitan a la Defensoría Pública y a la Defensoría del Pueblo el acceso al lugar donde se encuentran las referidas personas dentro del aeropuerto (...); 3) (...) se abstengan de ejecutar cualquier acción u omisión que afecten o puedan afectar la integridad personal y su dignidad humana de los referidos ciudadanos; 4) (...) que permita el ingreso de los funcionarios de la Dirección de Protección Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana al lugar donde se encuentran los referidos ciudadanos dentro del aeropuerto y se procedan (sic) con el trámite de determinación de personas refugiadas en Ecuador”. Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 8.



## ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 1214-18-EP/22

Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

3. El 5 de marzo de 2018, la Defensoría del Pueblo presentó un escrito ante la judicatura en calidad de *amicus curiae* y, en lo principal, señaló que fueron impedidos de ingresar a la zona de inadmitidos del aeropuerto para constatar las condiciones en las que se encontraban las personas en situación de movilidad humana allí retenidas y que *“existen fundadas presunciones de que se trata de personas con necesidad de protección internacional de acuerdo con la información recabada por la Defensoría Pública”*.
4. Mediante providencia de 5 de marzo de 2018, el Tribunal de Garantías Penales citó la razón actuarial de la audiencia que indicaba *“que la audiencia señalada para el día de hoy cinco de marzo del 2018, a las 12h00, se difiere por ausencia de los accionantes (...) pues al manifestar el (...) Servicio de Apoyo Migratorio (...) que los accionantes no pueden ser trasladados por razones de seguridad, y al ser necesario su presencia para la realización de la presente audiencia, se la difiere para el día martes 6 de marzo del 2018 (...) con la finalidad de que el tribunal se constituya en el aeropuerto Mariscal Sucre”*. En dicha providencia, asimismo manifestó que *“... resulta entendible por la falta de tiempo suficiente la no comparecencia de la Procuraduría General del Estado, así como la falta de preparación para el debido desarrollo de la audiencia por parte del accionado”*, y en consecuencia convocó la audiencia para el 6 de marzo de 2018 a las 10h00 en el aeropuerto<sup>4</sup>.
5. El 6 de marzo de 2018 se realizó la audiencia en el Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre. En la misma, el juez negó la acción de hábeas corpus y el pedido de medidas cautelares por improcedentes<sup>5</sup> puesto que, a su criterio, las personas migrantes no se encontraban *“privados de la libertad, sino impedidos de ingresar en territorio ecuatoriano”* y que es sospecho que se aleguen necesidades de protección internacional cuando se presentaron como turistas frente a los agentes de migración. En contra de esta decisión, la parte accionante apeló.
6. El 13 de abril del 2018, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha (en adelante, “Sala de la Corte Provincial”) desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia<sup>6</sup>.
7. El 16 de mayo de 2018, Nina Guerrero, en calidad de defensora pública y en representación del grupo de personas migrantes inadmitidas (en adelante, “la accionante”), presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de 13 de abril de 2018.

<sup>4</sup> Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 46.

<sup>5</sup> La sentencia emitida por escrito fue emitida y notificada el 9 de marzo de 2018.

<sup>6</sup> En lo principal, la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial señaló que Stephen Yondo Lyonga, Joseline Abo Fon, Miranda Angun Teke, Mbachick Emmanuel Tekoh ya han podido presentar una solicitud de asilo, la cual fue admitida y ya no se encuentran en la zona de inadmitidos en el aeropuerto; y que respecto de Aaron Awak y Smith Emmanuel Mbah no consta que hayan solicitado asilo y que la decisión haya sido admitida, y que actualmente están a cargo de las aerolíneas AVIANCA e IBERIA mientras se ejecuta su regreso.

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 1214-18-EP/22****Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín**1.2. Procedimiento ante la Corte Constitucional**

8. El 14 de agosto de 2018, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional conformada por las entonces juezas y juez constitucional, Marien Segura Reascos, Pamela Martínez Loayza y Manuel Viteri Olvera, admitió a trámite la acción que fue signada con el No. 1214-18-EP.
9. De conformidad con el sorteo realizado ante el Pleno de la Corte Constitucional, la sustanciación de la causa correspondió a la jueza constitucional Ruth Seni Pinoargote, quien no avocó conocimiento de la causa.
10. Una vez posesionados los actuales integrantes de la Corte Constitucional, de conformidad con el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional, en sesión de 12 de noviembre de 2019, la sustanciación de la presente causa correspondió a la jueza constitucional Daniela Salazar Marín.
11. En sesión de 18 de agosto de 2021, el Pleno de la Corte Constitucional aprobó la solicitud de priorización de la causa presentada por la jueza sustanciadora<sup>7</sup> de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional y la resolución No. 003-CCE-PL-2021.
12. El 12 de noviembre de 2021, la jueza sustanciadora avocó conocimiento de la causa y convocó a las partes a una audiencia pública a realizarse de forma telemática el 29 de noviembre de 2021 a las 9h30.
13. El 29 de noviembre de 2021 se celebró la audiencia pública a la que comparecieron: Nina Guerrero, en representación de Mbachick Emmanuel Tekoh, Miranda Angun Teke, Smith Emmanuel Mbah, Stephen Yondo Lyonga, Joseline Aro Fon y Aaron Awak; Patricio Gallo, en representación del Ministerio de Gobierno como legitimado pasivo en la acción de hábeas corpus; y, Mikaela Granja y Ricardo Romero, en calidad de *amicus curiae*.

**2. Competencia**

14. El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente acción extraordinaria de protección de conformidad con lo previsto por los artículos

<sup>7</sup> En su pedido de priorización, la jueza constitucional señaló que en la presente causa se cumplen con los criterios establecidos en los numerales 2, 4 y 5 del artículo 5 de la Resolución Interpretativa de la Norma de Trámite y Resolución en Orden Cronológico y las Situaciones Excepcionales. Esto, en la medida en que el caso tiene origen en presuntas vulneraciones de derechos de personas migrantes y con necesidades de protección internacional retenidas en zonas de tránsito o internacionales en el aeropuerto de Quito, quienes son parte de los grupos de atención prioritaria según el capítulo tercero de la Constitución. Además, indicó que el caso podría permitir a la Corte Constitucional establecer un precedente sobre la procedencia de la garantía de hábeas corpus para proteger los derechos de las personas migrantes o con necesidades de protección internacional que son retenidas en las zonas de tránsito o internacionales de los aeropuertos.

4



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 1214-18-EP/22

Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

94, 429 y 437 de la Constitución y 58 y 191 número 2 letra *d* de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

### 3. Fundamentos de los sujetos procesales

#### 3.1. Fundamentos de la acción extraordinaria de protección

15. La accionante indica que la decisión judicial impugnada vulneró los derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso en las garantías de no ser privado del derecho a la defensa y de motivación, y a la seguridad jurídica, reconocidos en los artículos 75, 76 numeral 7 literales a y l, y 82 de la Constitución. Asimismo, señala que se vulneraron los derechos a la vida e integridad física en conexidad con el derecho a solicitar asilo y el principio de no devolución.
16. En su demanda, la accionante expone los hechos que dieron lugar a la acción de hábeas corpus presentada y, en síntesis, indica que los señores Aaron Awak, Stephen Yondo Lyonga, Joseline Abo Fon, Miranda Angun Teke, Mbachick Emmanuel Tekoh y Smith Emmanuel Mbah se comunicaron con la Defensoría Pública y le informaron que se encuentran retenidos en la zona de inadmitidos del Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre. Asimismo, le manifestaron las razones por las que temen regresar a su país de origen.
17. Si bien en su demanda la accionante impugnó expresamente la sentencia de segunda instancia, en la audiencia pública señaló que la judicatura de primera instancia inobservó el procedimiento previsto para resolver las medidas cautelares presentadas en conjunto con el hábeas corpus de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la LOGJCC, al no pronunciarse en su primera providencia admitiendo o negando las mismas. Asimismo, manifestó que la judicatura inobservó lo dispuesto en el artículo 45 de la LOGJCC, que dispone que cuando la persona no fuere presentada en la audiencia se presume la privación arbitraria, al momento en que la judicatura difirió la audiencia ante la negativa del Ministerio del Interior de trasladar a las personas retenidas por razones de seguridad. En lo principal, la accionante indicó que:

*... De tal manera que lesionó el derecho a la seguridad jurídica, a la motivación, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, que exige de los administradores de Justicia actuar con debida diligencia en estricta observancia de la normativa pertinente al tema objeto de litigio. Con su decisión lesionó además el derecho a buscar y recibir refugio y la prohibición de no devolución de derechos que tienen por objeto proteger la vida<sup>8</sup>.*

18. En relación con la sentencia de segunda instancia impugnada, en la audiencia pública la accionante expresó que a pesar de que se puso en su conocimiento de dicha judicatura que las solicitudes de asilo fueron admitidas y que aquello demostraba el riesgo de devolución de las personas retenidas, sin ningún análisis, llegó a la

<sup>8</sup> Audiencia pública, causa No. 1214-18-EP, intervención de la abogada Nina Guerrero, en representación de los accionantes.



**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

conclusión de que las personas no se encontraban privadas de libertad porque algunas de ellas ya habrían salido del aeropuerto, y otras solo fueron inadmitidas a territorio ecuatoriano. A su criterio,

*... el Tribunal ad quem lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso, ya que recordemos que para la fecha, 2 de los afectados continuaban retenidos en el aeropuerto de Quito, de los cuales uno de ellos fue devuelto a Camerún, a pesar de haberse presentado una impugnación en contra de la inadmisión de la solicitud de refugio, la misma que gozaba de efecto suspensivo y que limitaba cualquier forma de devolución en su contra, mientras no existiera una decisión en firme. Y, el segundo continuó en privación indefinida por no poderse determinar su origen nacional y finalmente fue puesto y fue enviado a un tercer país varios meses después de haber permanecido retenido en el aeropuerto de Quito.*

19. Sobre la base de las consideraciones expuestas, la accionante solicita que se declare la vulneración de derechos constitucionales, que se deje sin efecto las decisiones judiciales impugnadas, y que se dispongan medidas de difusión, garantías de no repetición y de adecuación normativa por parte del Ministerio de Gobierno con el fin de que se permita el acceso a la Defensoría del Pueblo y a la Defensoría Pública en los casos de inadmisión a territorio nacional, así como disculpas públicas.

### 3.2. Posición de la autoridad judicial accionada

20. En escrito de 16 de noviembre de 2021, Julio Arrieta Escobar, María Gabriela Mier Ortiz y María Mercedes Lema Otavalo, entonces juez y juezas de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, solicitaron que ante la imposibilidad de acceder al proceso constitucional de hábeas corpus y por el tiempo transcurrido, se tenga como informe los fundamentos de la sentencia de 13 de abril de 2018.

### 3.3. Fundamentos de los comparecientes en calidad de *amicus curiae*

21. Mediante escrito de 29 de noviembre de 2021, Dayana Mikaela Granja Vélez y Raúl Alejandro Recalde Cali, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Central del Ecuador, comparecieron al proceso en calidad de *amicus curiae*. En lo principal, manifiestan que las personas inadmitidas reunían las condiciones para ser reconocidas como personas refugiadas independientemente del reconocimiento formal del Estado que solo tiene naturaleza constitutiva y no declarativa.
22. Asimismo, argumentan que la zona de tránsito del Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre “que albergaba a los siete ciudadanos cameruneses, al encontrarse fácticamente dentro del territorio soberano del Estado, este ejerce su plena jurisdicción [...]”. Por lo tanto, “[la alegada] falta [de] competencia [de los jueces] ante solicitudes de Habeas Corpus cuando los accionantes se hallaren en las Zonas de tránsito, [es] errónea e injustificable” (sic).



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 1214-18-EP/22

Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

23. Por último, señalan que, *“la figura de “bajo custodia” no se adecúa a la situación de las personas migrantes en el presente caso, además de que es cuestionable que se alegue que se encontraban bajo custodia de la aerolínea”*; y que el Estado ecuatoriano incumplió su obligación internacional de *“no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a uno desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo”*.

#### 4. Análisis constitucional

24. Esta Corte Constitucional ha señalado que en una sentencia de acción extraordinaria de protección los problemas jurídicos surgen, en lo principal, de los cargos formulados por la parte accionante. Conforme los párrafos 17 y 18 *ut supra*, este Organismo observa que la accionante alega que el Tribunal de Garantías Penales y la Sala de la Corte Provincial vulneraron los derechos a la seguridad jurídica, motivación, debido proceso y tutela judicial efectiva.
25. Ahora bien, sus argumentos se concentran en la falta de análisis de las violaciones de derechos alegadas por la judicatura de segunda instancia, y en la inobservancia de las normas de procedencia de las medidas cautelares y del hábeas corpus establecidas en los artículos 31, 32 y 45 de la LOGJCC, por parte de la judicatura de primera instancia. Por lo que la Corte analizará si la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales vulneró el derecho a la seguridad jurídica y si la Sala de la Corte Provincial vulneró la garantía de motivación.
26. Por último, respecto a lo expuesto en el párrafo 15 y 16 *ut supra* y los argumentos sobre las alegadas vulneraciones a los derechos a la vida, integridad física, a solicitar asilo y no devolución que constan en la demanda, esta Corte considera que dichos cargos se refieren a los hechos de origen de la acción de hábeas corpus. Al respecto, es importante señalar que solo de forma excepcional y cuando se trate de acciones extraordinarias de protección que tengan su origen en procesos de garantías jurisdiccionales, este Organismo podría ampliar su ámbito de actuación con el fin de analizar la integralidad del proceso o los hechos que dieron origen al proceso constitucional<sup>9</sup>.
27. En consecuencia, previo a pronunciarse sobre las alegadas vulneraciones de derechos, se procederá a determinar, en primer lugar, (i) si las decisiones judiciales impugnadas vulneraron los derechos al debido proceso en la garantía de motivación y seguridad jurídica; y, en segundo lugar, (ii) si se cumplen los presupuestos excepcionales para analizar el mérito del caso previstos en la sentencia No. 176-14-EP/19 en cuyo caso corresponde resolver el hábeas corpus presentado.

##### 4.1. Sobre el derecho a la seguridad jurídica en la sentencia de primera instancia

<sup>9</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 176-14-EP/19 de 16 de octubre de 2019, párrs. 55-57



**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

28. El artículo 82 de la Constitución de la República establece que: *"El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."*
29. La Corte Constitucional ha señalado que la seguridad jurídica garantiza que las personas cuenten con un ordenamiento jurídico claro, previo, público y estable, que les permita tener cierto nivel de previsibilidad sobre las reglas del juego que le serán aplicadas. Asimismo, ha enfatizado el deber de las autoridades estatales, judiciales y de todos los órganos del poder público de brindar certeza de que su situación jurídica no será modificada de forma arbitraria y se lo hará únicamente por los cauces establecidos previamente en el ordenamiento jurídico y por autoridad competente<sup>10</sup>.
30. Al momento de conocer una presunta vulneración al derecho a la seguridad jurídica, este Organismo está vetado de pronunciarse respecto de la correcta o incorrecta aplicación e interpretación de normas infraconstitucionales<sup>11</sup>. Por el contrario, para que se produzca una vulneración a la seguridad jurídica *"es necesario que las transgresiones normativas tengan una trascendencia constitucional consistente, sobre todo, en una afectación a uno o varios derechos constitucionales (...) distintos a la seguridad jurídica"*<sup>12</sup>.
31. En el caso que nos ocupa, la accionante alega que el Tribunal de Garantías Penales vulneró el derecho a la seguridad jurídica por dos razones: (i) al inobservar el trámite previsto en los artículos 31 y 32 de la LOGJCC para las medidas cautelares presentadas en conjunto con la acción de hábeas corpus, las cuales señala que debían resolverse en la primera providencia y no en la sentencia; y, (ii) al inobservar lo dispuesto en el artículo 45 de la LOGJCC que establece que ante la falta de presentación de la persona en la audiencia convocada, se presumirá la privación arbitraria, frente al diferimiento de la audiencia en la acción de hábeas por la imposibilidad de traslado de las personas inadmitidas a territorio nacional.
32. En relación con el primer cargo, este Organismo observa que en la primera providencia emitida dentro del proceso de hábeas corpus, de 2 de marzo de 2018, el Tribunal de Garantías Penales aceptó a trámite la acción de hábeas, convocó a la audiencia y respecto a la solicitud de medidas cautelares presentadas en conjunto con la garantía jurisdiccional señaló que *"de ser legal y constitucionalmente procedentes se atenderán oportunamente en la respectiva audiencia"*<sup>13</sup>. Por otra parte, en el audio de la audiencia pública y la sentencia notificada por escrito solo consta que en la parte resolutoria se rechaza la acción de hábeas corpus así como el pedido de medidas cautelares<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 481-14-EP/20 de 18 de noviembre de 2020, párr. 28.

<sup>11</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2210-13-EP/20 de 11 de noviembre de 2020, párr. 32; Sentencia No. 1593-14-EP/20 de 29 de enero de 2020, párr. 19.

<sup>12</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1763-12-EP/20 de 22 de julio de 2020, párr. 14.5.

<sup>13</sup> Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 27.

<sup>14</sup> Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 168 y 171.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

33. Respecto al procedimiento previsto para la tramitación de las medidas cautelares, el artículo 32 de la LOGJCC, en lo principal, dispone que:

*... La petición [de medidas cautelares] podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho. En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán previamente a la acción para declarar la violación de derechos por lo que no se requerirá la calificación del requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares; de ser procedente, la jueza o juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisibilidad de la acción.* (El énfasis es propio)

34. Al respecto, esta Corte ha enfatizado que las medidas cautelares presentadas en conjunto con otra garantía jurisdiccional, como el hábeas corpus, deben ser resueltas en la primera providencia<sup>15</sup>, en la medida en que estas tienen por objeto interrumpir o cesar una vulneración de derechos constitucionales que ya se estaría produciendo<sup>16</sup>.
35. En el caso que nos ocupa, de forma contraria a lo dispuesto en el artículo 32 de la LOGJCC, el Tribunal señaló en su primera providencia que se pronunciará sobre la procedencia o no de la solicitud de medidas cautelares en la audiencia, en la cual tampoco se pronunció al respecto y solo resolvió rechazarlas al negar la acción de hábeas corpus. A criterio de la Corte, esta omisión de la judicatura desnaturalizó el objeto de las medidas cautelares presentadas de manera conjunta con el hábeas corpus puesto que al momento de la audiencia, el Tribunal de Garantías Penales ya conoció y resolvió el fondo del asunto, y ya no tenía sentido que se pronuncie sobre la procedencia de las medidas cautelares que buscaban interrumpir la supuesta vulneración de derechos. Esto afecta además el derecho a la tutela judicial efectiva al no contar con una respuesta oportuna sobre la solicitud de medidas cautelares.
36. La solicitud de medidas cautelares presentadas en conjunto con otra garantía jurisdiccional, por su carácter cautelar y tutelar<sup>17</sup>, deben adoptarse previo a resolver el fondo del asunto en tanto se basan en una presunción razonable de que existe una vulneración de derechos que debe ser interrumpida.
37. En este sentido, la Corte Constitucional enfatiza la obligación de las juezas y jueces constitucionales de calificar la procedencia de la solicitud de medidas cautelares presentadas en conjunto con otra garantía jurisdiccional en la primera providencia, y de verificar si estas cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 27 de la

<sup>15</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 034-13-SCN-CC de 30 de mayo de 2013, p. 17; Sentencia No. 001-10-PJO-CC de 22 de diciembre de 2010, p. 16.

<sup>16</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 16-16-JC/20 de 30 de septiembre de 2020, párr. 36.

<sup>17</sup> En la sentencia No. 16-16-JC/20, esta Corte señaló que “estas medidas tienen un carácter cautelar y tutelar a la vez. Cautelar por cuanto preserva temporalmente una situación jurídica, y tutelar respecto del ejercicio de los derechos, pues tiene como objetivo impedir su vulneración o suspenderla si ya está ocurriendo”.



## ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

LOGJCC y en la jurisprudencia constitucional<sup>18</sup>, para que de forma motivada se resuelva aceptar o rechazar la solicitud, y solo así continuar con el trámite de la garantía jurisdiccional. Asimismo, es importante recordar que el análisis de la procedencia de las medidas cautelares responde a un juicio de probabilidad y no de certeza; que este no implica un pronunciamiento sobre el fondo del asunto; y que las medidas cautelares son temporales. Esto último, en el caso de las medidas cautelares presentadas en conjunto con otra garantía jurisdiccional, significa que solo se encuentran vigentes hasta resolver el fondo de la garantía.

38. Por otra parte, en relación con el segundo cargo, este Organismo observa que mediante providencia de 5 de marzo de 2018, el Tribunal de Garantías Penales resolvió diferir la audiencia convocada frente a las alegaciones del Servicio de Apoyo Migratorio, en el sentido de que los accionantes no podían ser trasladados ante la judicatura por razones de seguridad.
39. Respecto a la falta de comparecencia de la persona en la audiencia de hábeas corpus, el artículo 45 numeral 2 de la LOGJCC establece que: *“La privación arbitraria o ilegítima se presumirá en los siguientes casos: a) Cuando la persona no fuere presentada a la audiencia”*. Con base en la norma citada y ante la ausencia de los beneficiarios de la garantía de hábeas corpus en la audiencia, en principio corresponde a la judicatura accionada presumir la privación arbitraria y declarar la vulneración de derechos, puesto que es responsabilidad de quien tiene en custodia a las personas respecto de quienes se presenta el hábeas corpus, presentarlas ante la jueza o juez constitucional.
40. Ahora bien, en el caso de personas extranjeras que han sido inadmitidas a territorio nacional, y que se encuentran en la zona de inadmitidos de los aeropuertos internacionales del país, la norma citada no puede ser aplicada de forma aislada o automática. La inadmisión implica que una persona no cumple con los requisitos para ingresar de forma regular al territorio nacional (por ejemplo, carece de un documento de viaje válido o una visa vigente) y, en principio, debe ser devuelta a su último puerto de embarque. Ante la negativa de ingreso a territorio nacional, no existe la posibilidad física de que una persona pueda dejar las instalaciones de los aeropuertos, puesto que no cuenta con la autorización oficial para ello.
41. Es importante enfatizar que lo dicho en el párrafo anterior de ninguna forma significa que las personas a quienes se ha negado su ingreso a territorio nacional, conforme la normativa vigente, estén impedidas de activar una garantía jurisdiccional u otros mecanismos legales o administrativos de los que se encuentren asistidas. Esta Corte ya ha reconocido que el Estado tiene que respetar y garantizar los derechos de las personas independientemente de si estas se encuentran en las zonas de tránsito o

<sup>18</sup> De acuerdo con la sentencia No. 66-15-JC/19, los requisitos de procedencia de las medidas cautelares son: *“i) hechos creíbles o verosimilitud; ii) inminencia; iii) gravedad; y, iv) derechos amenazados o que se están violando”*.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

“internacionales” en los aeropuertos, entre los cuales se incluye el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>19</sup>.

42. En este sentido, con el fin de asegurar un equilibrio entre el acceso a la administración de justicia y la facultad discrecional del Estado de regular el ingreso de personas extranjeras a territorio nacional, a criterio de esta Corte, en los casos en que se active una acción de hábeas corpus a favor de una persona o grupo de personas que han sido inadmitidas a territorio nacional, es indispensable que se aplique lo dispuesto en el artículo 44 numeral 2 de la LOGJCC que dispone que, *“De considerarlo necesario la jueza o juez, la audiencia se realizará en el lugar donde ocurre la privación de la libertad”*. En estos casos, es obligación de las juezas y jueces constitucionales disponer, en la misma providencia que se califica la acción de hábeas corpus, que la audiencia se realizará en el lugar donde se encuentran las personas que han sido inadmitidas a territorio nacional, como sería la sala de inadmitidos de los aeropuertos en las zonas de tránsito. Además, que esto permitiría a las juezas y jueces constitucionales verificar las condiciones en las que las personas se encuentran en las zonas de tránsito o internacionales de los aeropuertos, en particular, en la sala de inadmitidos o de inadmisión.
43. Por lo expuesto, esta Corte considera que el Tribunal de Garantías Penales vulneró el derecho a la seguridad jurídica al no pronunciarse sobre la solicitud de medidas cautelares en la primera providencia. No obstante, este Organismo no encuentra que la judicatura accionada haya vulnerado el derecho a la seguridad jurídica por presuntamente inobservar lo dispuesto en el artículo 45 numeral 2 de la LOGJCC puesto que en el presente caso, justamente por la situación de las personas extranjeras que fueron inadmitidas a territorio nacional, correspondía realizar la audiencia en el lugar donde estarían privadas de libertad. Además, esta Corte reconoce que a pesar de que inicialmente el Tribunal de Garantías Penales convocó a una audiencia en su judicatura, luego la difirió para el día siguiente y se trasladó al aeropuerto para celebrar allí la audiencia.

#### 4.2. Sobre el derecho al debido proceso en la garantía de motivación en la sentencia de segunda instancia

44. La garantía de la motivación se encuentra prevista en el artículo 76 numeral 7 literal 1 de la Constitución de la siguiente forma: *“no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”*.
45. De acuerdo con la sentencia No. 1158-17-EP/21, que sistematiza la jurisprudencia reciente de esta Corte sobre esta garantía, una decisión del poder público debe contener una motivación suficiente tanto en lo normativo (enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso) como en lo fáctico

<sup>19</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párr. 99.



**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

(una justificación suficiente de los hechos dados por probados en el caso analizando las pruebas dentro del proceso)<sup>20</sup>.

46. Cuando se trata de decisiones de garantías jurisdiccionales, el estándar de suficiencia motivacional es superior, en la medida en que se buscan tutelar derechos fundamentales<sup>21</sup>. En este sentido, los jueces y juezas que conocen procesos de garantías constitucionales tienen, al menos, las siguientes obligaciones: (i) enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión, (ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho; y, (iii) realizar un análisis para verificar la existencia o no de vulneración a los derechos. Si en dicho análisis no se determina la existencia de vulneraciones a los derechos, sino más bien conflictos de índole infra constitucional, deberán determinar las vías judiciales ordinarias adecuadas para la solución del conflicto<sup>22</sup>.
47. La accionante sostiene que la Sala de la Corte Provincial a pesar de conocer de que las solicitudes de asilo admitidas por Joseline Abo Fon, Stephen Yondo Lyonga, Miranda Angun Teke, Mbachick Emmanuel Tekoh demostraban el riesgo de devolución, y que Aaron Awak y Smith Emmanuel Mbah, ante la inadmisión de sus solicitudes de asilo, seguían retenidos de forma prolongada en la zona de inadmitidos del aeropuerto en condiciones contrarias a su dignidad humana, sin ningún análisis resolvió rechazar al recurso de apelación. Al respecto, esta Corte procederá a verificar si en la decisión judicial impugnada se contestaron de forma motivada, al menos, los argumentos relevantes que hace mención la accionante que habrían sido alegados en su recurso de apelación.
48. De la revisión del recurso de apelación, esta Corte observa que: (i) en relación con el principio de no devolución, la accionante argumentó que luego de la sentencia de primera instancia que rechazó la acción de hábeas corpus, se admitieron las solicitudes de asilo de cuatro de las personas inadmitidas a territorio nacional y que iban a ser devueltas a su país de origen el 2 de marzo de 2018, lo cual demostraba que el hábeas corpus era procedente para evitar que las personas sean devueltas antes que se conozca el mérito de su solicitud de asilo; (ii) respecto a la integridad personal señaló que las personas a quienes se inadmitió sus solicitudes de asilo se encuentran retenidas en condiciones que podrían ser calificadas como tratos crueles, inhumanos y degradantes conforme lo señalado por la Defensoría del Pueblo<sup>23</sup>, y (iii) sobre la libertad personal, manifestó que en el caso de Aaron Awak se habría configurado una detención

<sup>20</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párrs. 61, 71 y 74.

<sup>21</sup> *Ibid.*, párr. 103.

<sup>22</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1285-13-EP/19 de 4 de septiembre de 2019, párr. 28.

<sup>23</sup> En la audiencia de primera instancia, la Defensoría del Pueblo manifestó que *“la sala donde están los accionantes no tiene ventilación natural, solo tiene luz artificial, perdiendo las personas el sentido de temporalidad, lo que constituye un trato cruel, inhumano y degradante, que los ciudadanos han permanecido en ese lugar 15 días y no existen camas sino sillones”*. Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 167.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 1214-18-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

arbitraria al estar retenido desde el 18 de febrero de 2018 (aproximadamente un mes al momento de interponer el recurso de apelación).

- 49.** En relación con dichos argumentos, en la decisión judicial impugnada se desprende que la Sala de la Corte Provincial, en lo principal, señaló que:

*... respecto a la calidad de refugiados de los señores STEPHEN YONDO LYONGA, MIRANDA ANGUN TEKE, JOSELINE ABO FON, BACHICK EMMANUEL TEKOH, se puede determinar que han presentado la solicitud de refugio, misma que se habría ADMITIDO A TRÁMITE, Y NO SE ENCUENTRAN EN LAS INMEDIACIONES DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL MARISCAL SUCRE (...), es decir no fueron detenidos arbitraria e ilegalmente, y no se vulneró la disposición de no devolución de refugiado...*

*Mientras que respecto de los señores AARON AWAK y SMITH ENMMANUEL MBAH, no obra del expediente ningún elemento que permita establecer formalmente, que han solicitado la calidad de refugiados, mucho menos que dicha solicitud haya sido formalizada por escrito o que haya sido admitida a trámite por las Autoridades correspondientes, de forma que pueda cambiar la situación de inadmisión antes referida...*

*De lo expuesto se puede determinar que los señores AARON AWAK y SMITH ENMMANUEL MBAH están a cargo de la Aerolínea que los trasladó a Ecuador. IBERIA y AVIANCA respectivamente, conforme dispone la Ley Orgánica de Movilidad Humana y Anexo 9 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional, POR HABER SIDO INADMITIDOS A TERRITORIO ECUATORIANO...*

*En cuanto al derecho a la integridad personal de los señores STEPHEN YONDO LYONGA, MIRANDA ANGUN TEKE, JOSELINE ABO FON, BACHICK EMMANUEL TEKOH, AARON AWAK y SMITH ENMMANUEL MBAH, de la revisión del expediente, no se determina elemento alguno que permita establecer se haya vulnerado en su perjuicio este derecho debiendo señalarse que (...) dichos ciudadanos (...) se encontraban a cargo y bajo responsabilidad de las empresas de transporte aéreo AVIANCA e IBERIA... (Las mayúsculas son parte del original).*

- 50.** De los extractos citados se observa que respecto al principio de no devolución y el derecho a la libertad personal, la judicatura accionada se limitó a señalar que algunas de las personas ya salieron del aeropuerto y que otras no se encuentran detenidas sino inadmitidas a territorio nacional y a cargo de las aerolíneas respectivas. Por otra parte, respecto al derecho a la integridad personal, estableció que no cuenta con elementos para establecer una vulneración al derecho.

- 51.** Esta Corte ha señalado que al momento en que las y los administradores de justicia motiven sus decisiones, estas deben responder a todas las pretensiones relevantes expuestas en la demanda y/o audiencia o que sean identificables del relato de las y los accionantes de acuerdo con el objeto y naturaleza de la acción de hábeas corpus<sup>24</sup>. Al mismo tiempo, ha determinado que la deficiencia motivacional podría tener lugar ya sea por la inexistencia, la insuficiencia o bien por la apariencia de la motivación. La

<sup>24</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 565-16-EP/21 de 03 de febrero de 2021, párr. 29; Sentencia No. 752-20-EP/21 de 20 de diciembre de 2021, párr. 48.

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 1214-18-EP/22****Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

aparición de la motivación se da cuando la decisión, “*a primera vista, cuenta con una fundamentación normativa suficiente y una fundamentación fáctica suficiente, pero alguna de ellas es, en realidad, inexistente o insuficiente porque está afectada por algún tipo de vicio motivacional*”<sup>25</sup>, como podría ser el de incongruencia.

52. Así, la congruencia argumentativa implica que la jueza o juez conteste motivadamente, al menos, los argumentos relevantes alegados por las partes, es decir, aquellos que son significativos para la resolución de un problema jurídico para adoptar una decisión en el caso. La incongruencia (sea frente a las partes o sea frente al derecho) puede darse tanto por omisión, si no se contesta en absoluto a los argumentos relevantes de la parte, como por acción, si el juzgador contesta a los argumentos relevantes de las partes mediante tergiversaciones, de tal manera que efectivamente no los contesta<sup>26</sup>.
53. Considerando los argumentos expuestos por la accionante en su recurso de apelación, esta Corte no verifica que la Sala de la Corte Provincial se haya pronunciado sobre la procedencia del hábeas corpus para evitar la devolución de las personas que presentaban necesidades de protección internacional; sobre la retención de una de las personas inadmitidas por aproximadamente un mes en la zona de inadmitidos del aeropuerto; así tampoco sobre las condiciones de retención que habrían sido verificadas por la Defensoría del Pueblo durante la audiencia de primera instancia.
54. En el presente caso, la sentencia impugnada es incongruente frente a las partes por omisión, al no contestar los argumentos relevantes que fueron expuestos en el recurso de apelación interpuesto por la accionante<sup>27</sup> y que además son objeto del hábeas corpus conforme el artículo 43 numerales 4 y 5 de la LOGJCC. En consecuencia, la sentencia emitida por la Sala de la Corte Provincial de Justicia vulnera el derecho a la garantía de motivación.

### 5. Presupuestos para el control de mérito

55. La Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional, está en la obligación de verificar que las garantías jurisdiccionales hayan cumplido el fin previsto en la Constitución, lo que en ocasiones excepcionales requiere que la Corte analice la integralidad del proceso o los hechos que dieron origen al proceso constitucional, lo que se ha denominado como “examen de mérito”.
56. A efectos de analizar el mérito del proceso de garantías jurisdiccionales se deben verificar los siguientes presupuestos: (i) que la autoridad judicial haya violado el debido proceso u otros derechos de las partes en el fallo impugnado o durante la

<sup>25</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párr. 66.

<sup>26</sup> *Ibid.*, párrs. 71 y 88-89.

<sup>27</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párrs. 71 y 88-89.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 1214-18-EP/22

Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

prosecución del juicio; **(ii)** que, *prima facie*, los hechos que dieron lugar al proceso originario puedan constituir una vulneración de derechos que no fueron tutelados por la autoridad judicial inferior; **(iii)** que el caso no haya sido seleccionado por esta Corte para su revisión; y, **(iv)** que el caso cumpla, al menos, con uno de los siguientes criterios: gravedad, novedad, relevancia nacional o inobservancia de precedentes establecidos por este Organismo<sup>28</sup>.

57. Con relación al **(i)** primer elemento, este se encuentra satisfecho conforme lo expuesto en las secciones 4.1 y 4.2 *ut supra*, en las que esta Corte determinó que las judicaturas accionadas vulneraron los derechos al debido proceso en la garantía de motivación y a la seguridad jurídica. Respecto al **(ii)** segundo requisito, este Organismo verifica *prima facie* que los hechos de origen de la acción de hábeas corpus planteada podrían constituir una vulneración a los derechos a la libertad e integridad personal, así como al principio de no devolución, con base en las alegaciones sobre el tiempo y condiciones de detención, y las posibles necesidades de protección internacional de las personas inadmitidas a territorio nacional. El **(iii)** tercer requisito también se encuentra satisfecho en la medida en que de la revisión del sistema de la Corte, no se verifica que este caso haya sido seleccionado para su revisión.
58. En relación con el **(iv)** cuarto requisito, la Corte considera que se cumplen los supuestos de gravedad y novedad. La gravedad de un caso puede determinarse, entre otros elementos, “*por la condición del sujeto, el grado de invasión en la esfera de protección del derecho u otras particularidades que puedan ser advertidas por la Corte*”<sup>29</sup>. En el presente caso, las presuntas víctimas son personas en situación de movilidad humana con posibles necesidades de protección internacional, reconocidas como un grupo de atención prioritaria y quienes por su sola condición migratoria se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Por otro lado, la novedad de un caso tiene relación con el desarrollo de precedentes jurisprudenciales. Esta Corte considera que el presente caso cumple este criterio al permitir el desarrollo de precedentes relativos a la procedencia y alcance de una acción de hábeas corpus frente a las retenciones en las zonas de tránsito o “internacionales” de los aeropuertos, asunto que no ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial por parte de esta Corte<sup>30</sup>.
59. En consecuencia, el presente caso cumple con los presupuestos referidos, y esta Corte procederá a analizar el mérito de este.

<sup>28</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 176-14-EP/19 de 16 de octubre de 2019, párrs. 55-60.

<sup>29</sup> *Id.*, párr. 57.

<sup>30</sup> Si bien en la sentencia 335-13-JP/20, la Corte se pronunció sobre las posibles vulneraciones de derechos por la retención de una persona en la zona internacional en el aeropuerto de Guayaquil, el presente caso se refiere a la procedencia de la garantía de hábeas corpus para tutelar los derechos de las personas migrantes o con necesidades de protección internacional que son retenidas en las zonas de tránsito o internacionales de los aeropuertos.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 1214-18-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

## 6. Acción de hábeas corpus

### 6.1. Alegatos de los sujetos procesales

#### 6.1.1. Fundamentos de la accionante

- 60.** En su demanda, la accionante expuso que el 28 de febrero de 2018, el señor Aaron Awak se comunicó con ella mediante WhatsApp y le informó que se encontraba retenido en el Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre desde el 17 de febrero de 2018, al haber sido inadmitido a territorio nacional por no tener un documento de identidad.
- 61.** Indicó que Aaron Awak salió de su país de origen por persecuciones en contra de su padre y suya, y que ha sido víctima de tortura. La accionante señaló que a pesar de que Aaron Awak explicó su situación a los agentes de migración y que podría tratarse de una persona con necesidades de protección internacional, los agentes de migración hicieron caso omiso a su testimonio y dispusieron que se continúe con su devolución.
- 62.** Por otra parte, la accionante manifestó que el 1 de marzo de 2018, las y los señores Stephen Yondo Lyonga, Joseline Abo Fon, Miranda Angun Teke, Mbachick Emmanuel Tekoh y Smith Emmanuel Mbah, de nacionalidad camerunés, se comunicaron con ella mediante WhatsApp y le informaron que, sin ninguna explicación, se negó su ingreso a territorio nacional en el mismo aeropuerto. En su demanda, expuso que estas personas huyeron de su país a causa de la persecución del gobierno en contra de la población anglófona pero que los agentes de migración tampoco analizaron los motivos de salida de su país de origen y las posibles necesidades de protección internacional, y dispusieron que se continúe con su devolución<sup>31</sup>.
- 63.** En la audiencia de hábeas corpus, en lo principal, la accionante alegó que:
- a.** Las personas inadmitidas a territorio nacional se encuentran privadas de su libertad personal de forma ilegal y arbitraria;
  - b.** Los agentes de migración no les explicaron por qué fueron enviados y retenidos en el cuarto de la zona de inadmitidos del aeropuerto y que les quitaron sus pasaportes;
  - c.** Las personas recibieron amenazas en caso de que intenten salir de dicha habitación y fueron agredidas físicamente por los agentes de migración;

<sup>31</sup> En su demanda, la accionante adjuntó las capturas de pantalla de los mensajes intercambiados con las personas inadmitidas, y en el caso de las personas provenientes de Camerún, fotografías que demostrarían la persecución a la población anglófona y las razones por las que habrían huido de su país. Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 4, 7-9, 12-23.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 1214-18-EP/22

Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

- d. Existieron varios intentos de subirlos al avión para regresarlos a su último puerto de embarque sin antes analizar sus posibles necesidades de protección internacional; y,
  - e. No se les permitió tener contacto y comunicación directa con la Defensoría Pública ni Defensoría del Pueblo<sup>32</sup>.
64. En la audiencia celebrada ante la Corte Constitucional, la accionante manifestó que en la audiencia de hábeas corpus en el aeropuerto fue la primera vez que tuvo contacto directo con las personas inadmitidas, quienes:

*... se encontraban en una habitación custodiada por 2 policías, era una habitación sin ventanas, sin luz natural, con 2 sillones y un baño y un lavamanos. Los afectados estaban todos en la misma habitación, hombres y mujeres, no habían podido asearse adecuadamente, ni pernoctar en una cama, eran alimentados por la aerolínea y ni siquiera recibían las 3 comidas necesarias del día<sup>33</sup>.*

65. La accionante agregó que puso el caso en conocimiento tanto de la Dirección de Protección Internacional (DPI)<sup>34</sup> como de la Defensoría del Pueblo (DPE)<sup>35</sup> para que se adopten las medidas urgentes y se evite la devolución de las personas sin antes determinar sus posibles necesidades de protección. En relación con la DPI indicó que, ante su pedido, se procedió a entrevistar a las personas; y respecto a la DPE señaló que fueron impedidos de ingresar al aeropuerto para verificar la situación en la que se encontraban las personas inadmitidas.
66. Por otra parte, en la audiencia ante la Corte Constitucional, la accionante expresó que hasta la notificación de la sentencia por escrito, el 9 de marzo de 2018, la Dirección de Protección Internacional notificó la admisión de las solicitudes de asilo de Joseline Abo Fon, Stephen Yondo Lyonga, Miranda Angun Teke, Mbachick Emmanuel Tekoh, y la inadmisión de las solicitudes de Aaron Awak y Smith Emmanuel Mbah. Respecto de este último señaló que presentó un recurso administrativo en contra de la inadmisión de la solicitud de asilo. Asimismo, explicó que el 9 de marzo de 2018 gestionó la salida del aeropuerto de las personas a quienes se admitió su solicitud de asilo.

<sup>32</sup> Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 167.

<sup>33</sup> Audiencia pública, causa No. 1214-18-EP, intervención de la abogada Nina Guerrero, en representación de los accionantes.

<sup>34</sup> A fojas 5-6 y 10 11 del expediente No. 17240-2018-00006, constan las comunicaciones remitidas por la accionante el 1 y 2 de marzo de 2018, tanto por correo electrónico como por escrito, a la DPI informando el riesgo de devolución de las personas inadmitidas y solicitando que se inicie el procedimiento previsto en el artículo 100 de la LOMH.

<sup>35</sup> A fojas 24 del expediente de instancia, consta la comunicación remitida a la DPE, el 1 de marzo de 2018, en la que la accionante pone en conocimiento el caso y solicita su intervención urgente para que se vigile el debido proceso y se activen las garantías jurisdiccionales que se consideren necesarias con el fin de evitar la devolución de las personas.

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 1214-18-EP/22****Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

67. Sobre la base de lo expuesto, solicitó que ante el riesgo de devolución de personas a sus países donde temen persecución o donde peligran su vida, se suspenda su regreso al último puerto de embarque.

**6.1.2. Fundamentos de la entidad accionada**

68. En la audiencia de hábeas corpus, comparecieron tanto el representante de la Subsecretaría de Control Migratorio como la jefa de la Unidad de Migración del aeropuerto. En lo principal, solicitaron que se deseche la acción de hábeas corpus y manifestaron que:

- a. Las personas extranjeras se encuentran en buen estado de salud, que no se han violentado sus derechos, y que han entablado comunicación con la Defensoría Pública.
- b. Para ingresar a territorio ecuatoriano se requiere un documento válido y vigente de identificación. Frente al incumplimiento de dicho requisito, conforme el artículo 137 de la Ley Orgánica de Movilidad Humana (LOMH), se debe disponer la salida de forma inmediata de la persona y su regreso al último punto de embarque. No se comunicó a la Defensoría Pública puesto que estos casos de personas inadmitidas a territorio nacional *“no requieren de audiencia”*.
- c. Cuando una persona requiere protección internacional se notifica inmediatamente a la autoridad rectora del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *“pues han sido capacitados por ACNUR”* sobre esto.
- d. Conforme el Anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, la obligación de custodia y alimentación es de la empresa transportadora, y no de Migración; y que ha sido imposible embarcar a las personas de regreso a su último puerto de embarque puesto que se niegan a subir al avión<sup>36</sup>.

69. Por otra parte, en la audiencia celebrada ante la Corte Constitucional el 29 de noviembre de 2021, el representante del Ministerio de Gobierno señaló que la LOMH, en su artículo 136, reconoce la facultad de la Subsecretaría de Migración de negar el ingreso a territorio nacional a una persona extranjera, y que en el caso en concreto, lo que se hizo fue aplicar dicha norma. Al respecto, indicó lo siguiente:

*Como sabemos la Constitución de la República, en el artículo 226, determina que los servidores públicos únicamente tienen que hacer lo que la ley les manda. En ese sentido, las actuaciones de la Subsecretaría de Migración pues han estado enmarcadas en el estricto cumplimiento de lo que dispone la Ley Orgánica de Movilidad Humana<sup>37</sup>.*

<sup>36</sup> Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 167 y 168.

<sup>37</sup> Audiencia pública, causa No. 1214-18-EP, intervención del abogado Patricio Gallo, en representación del Ministerio de Gobierno.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 1214-18-EP/22

Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

70. Asimismo, manifestó que las personas inadmitidas a territorio nacional no se encontraban privadas de libertad sino que se trata de la aplicación de un procedimiento de inadmisión. Tan es así, que esto fue verificado por las y los jueces de primera y segunda instancia. Por último, indicó que dicha cartera de Estado no ha vulnerado derechos sino que ha dado cumplimiento a lo que la propia ley manda.

### 6.1.3. Fundamentos de los *amici curiae*

71. Mediante escrito de 5 de marzo de 2018, la DPE compareció al proceso de hábeas corpus en calidad de *amicus curiae*<sup>38</sup>. En lo principal, manifestó que el 1 de marzo de 2018 la Defensoría Pública les informó sobre la inadmisión de varias personas de origen camerunés al Ecuador, quienes habrían solicitado protección internacional y que se les informó sobre presuntos tratos degradantes por parte de los agentes migratorios en contra de estas personas.
72. Agregó que a las 23h00 de ese mismo día, funcionarios de la DPE acudieron al aeropuerto y se negó su ingreso tanto para verificar la situación de las personas inadmitidas como para mantener una reunión con la persona encargada de migración. A su criterio, este hecho *“no solo impidió que la [DPE] ejerza su facultad de prevención de tratos crueles, inhumanos y degradantes, sino que se constituyó en una medida de incomunicación de los ciudadanos inadmitidos, por cuando (sic) se les impidió el contacto con la autoridad competente en temas de derechos humanos en Ecuador”*. La DPE agregó que *“la sala de inadmisión es un espacio sin ventilación, ni luz natural, en el que los ciudadanos inadmitidos pierden la noción de temporalidad (...) situación que debe ser considerada inhumana y degradante”*<sup>39</sup>.
73. Por otra parte, mediante escrito de 23 de marzo de 2018, Efrén Guerrero Salgado, en calidad de profesor universitario e investigador en derechos humanos, también compareció al proceso como *amicus curiae*<sup>40</sup>. En lo principal, argumentó que frente a las posibles necesidades de protección internacional, las personas no pueden ser sancionadas por su ingreso irregular al país conforme lo dispuesto en el artículo 76 de la LOMH. Además, señaló que las zonas de tránsito o zonas estériles de los puertos y aeropuertos, vinculadas al transporte aéreo y al control de la frontera estatal, no pueden ser espacios para una restricción de derechos, como el derecho a solicitar protección internacional.

### 6.2. Hechos probados

74. Para determinar los hechos probados en un proceso de garantías jurisdiccionales, se debe partir de las reglas respecto a la prueba previstas en el artículo 16 de la LOGJCC;

<sup>38</sup> Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 39-42.

<sup>39</sup> A su escrito de *amicus curiae*, la DPE adjunta el informe de 2 de marzo de 2018 sobre la no autorización de la DPE para ingresar a la zona de inadmitidos del aeropuerto.

<sup>40</sup> Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 192-200.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 1214-18-EP/22

Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

y, en lo que resulte compatible con la naturaleza de las garantías jurisdiccionales<sup>41</sup>, las demás normas y principios procesales establecidos en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y el Código Orgánico de la Función Judicial.

75. Esta Corte ha reconocido que ante la ausencia de norma expresa en la LOGJCC, la valoración de la prueba debe realizarse con base en las normas generales fijadas en el artículo 164 del COGEP, según el cual las pruebas deben ser apreciadas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica<sup>42</sup>. Según los artículos 16 de la LOGJCC y 162 del COGEP, deben probarse los hechos alegados por las partes, salvo aquellos que no lo requieran. De acuerdo con el artículo 163 numeral 1 del COGEP<sup>43</sup>, no requieren probarse los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria. En esta línea, el artículo 186 del COGEP también señala que para valorar la prueba testimonial se debe considerar el contexto de toda declaración y su relación con las otras pruebas<sup>44</sup>. Asimismo, cuando se trata de garantías jurisdiccionales presentadas en contra de entidades públicas, la carga de la prueba se invierte, y son estas últimas quienes deben demostrar que lo alegado por los accionantes no ha sucedido, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria<sup>45</sup>.

76. Con base en las normas citadas, en la sentencia No. 2951-17-EP/21, esta Corte ha reconocido que en procesos de garantías jurisdiccionales, la valoración de la prueba deberá realizarse considerando, entre otros elementos, los siguientes:

*(i) deben probarse los hechos afirmados por las partes, excepto aquellos que no lo requieran. No requieren probarse los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria, así como los demás hechos señalados en el artículo 163 del COGEP<sup>46</sup>; (ii) se deben valorar las pruebas admitidas al proceso de forma conjunta y bajo las reglas de la sana crítica; (iii) el estándar de prueba requerido para considerar probado un hecho es menos riguroso que en otras materias del derecho. Si a partir del acervo probatorio se puede concluir que es razonablemente más probable que un hecho haya ocurrido, el estándar se encuentra satisfecho; (iv) los juzgadores deben siempre valorar la declaración de la presunta víctima, pero dicha declaración no puede tomarse*

<sup>41</sup> LOGJCC. Artículo 4: “Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales: [...] 14. Subsidiaridad.- Se tomarán en cuenta los demás principios procesales establecidos en la legislación ordinaria, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del control constitucional”. Además, la Corte toma en consideración la disposición final de la LOGJCC.

<sup>42</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2951-17-EP/21 de 21 de diciembre de 2021, párr. 87.

<sup>43</sup> COGEP, artículo 163.- “Hechos que no requieren ser probados. No requieren ser probados: 1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar o en la segunda fase de la audiencia única. (...)”.

<sup>44</sup> En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “las declaraciones rendidas por las presuntas víctimas no pueden ser valoradas aisladamente, sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso, ya que son útiles en la medida en que pueden proporcionar mayor información sobre las presuntas violaciones y sus consecuencias”. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Fondo, reparaciones y costas, párr. 22.

<sup>45</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2951-17-EP/21 de 21 de diciembre de 2021, párr. 90.

<sup>46</sup> COGEP. Artículo 163, numeral 1.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 1214-18-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

*de forma aislada, sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso, tomando en cuenta su contexto y relación con las demás pruebas<sup>47</sup>.*

77. Sobre la base de lo expuesto, en tanto han sido afirmados por la parte accionante y admitidos por la parte demandada, esta Corte considera que no existe controversia en relación con los siguientes hechos:
- a. Aaron Awak, de nacionalidad nigeriana, arribó al Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre el 17 de febrero de 2018 a las 18h25. Fue regresado desde Madrid a su último puerto de embarque, Ecuador, en la aerolínea IBERIA. No cuenta con un documento de viaje válido y vigente<sup>48</sup>. Fue inadmitido a territorio nacional con base en la causal cuarta del artículo 137 de la LOMH que dispone que es causal de inadmisión de una persona extranjera cuando no cuenta con un documento de viaje válido y vigente expedido por autoridad competente<sup>49</sup>.
  - b. Stephen Yondo Lyonga, Miranda Angun Teke, Joseline Abo Fon, de nacionalidad camerunés, arribaron al Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre el 1 de marzo de 2018 aproximadamente a las 11h20. Smith Emmanuel Mbah y Mbachick Emmanuel Tekoh, de nacionalidad camerunés, arribaron el mismo día a las 13h25. Todos viajaban desde Camerún en la aerolínea AVIANCA. Por inconsistencias en la entrevista migratoria realizada, fueron inadmitidos a territorio nacional<sup>50</sup>, con base en la causal quinta del artículo 137 de la LOMH que dispone que es causal de inadmisión de una persona extranjera cuando no justifique su condición migratoria<sup>51</sup>.
  - c. Las personas inadmitidas fueron puestas “*bajo el cuidado*” de las aerolíneas IBERIA y AVIANCA, a fin de que asuman el traslado de las personas a su país de origen o último puerto de embarque<sup>52</sup>.
  - d. Las personas inadmitidas fueron llevadas a la sala de inadmitidos o de inadmisión en el Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre mientras las aerolíneas respectivas coordinaban su traslado. La sala de inadmisión se describe como una habitación custodiada por agentes de la Policía Nacional, sin ventanas o luz natural, con dos

<sup>47</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2951-17-EP/21 de 21 de diciembre de 2021, párr. 93.

<sup>48</sup> Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 53. En el informe presentado por el Ministerio de Gobierno el 17 de enero de 2022 al respecto se indica que, “*consta la leyenda de “ANULADO” tanto en la hoja biográfica y demás hojas del pasaporte*”.

<sup>49</sup> LOMH, Artículo 137: “*Causales de inadmisión.- Las causales para la inadmisión de una persona extranjera son: (...) 4. Carezca de documento de viaje válido y vigente expedido por la autoridad competente del lugar de origen o domicilio*”.

<sup>50</sup> Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 48-52; Expediente constitucional, Informe presentado por el Ministerio de Gobierno el 17 de enero de 2022, p. 4-35.

<sup>51</sup> LOMH, Artículo 137: “*Causales de inadmisión.- Las causales para la inadmisión de una persona extranjera son: (...) 5. Carezca de visa vigente en los casos que ésta sea requerida de acuerdo con la política migratoria ecuatoriana o no justifique su condición migratoria*”.

<sup>52</sup> A fojas 48-53 del expediente de instancia constan las actas de entrega-recepción de fechas 18 de febrero de 2018 y 1 de marzo de 2018 a la persona responsable de las distintas aerolíneas.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 1214-18-EP/22

Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

sillones, un baño y un lavamanos. En la misma habitación se encontraban hombres y mujeres<sup>53</sup>.

- e. Se intentó regresar a las personas de nacionalidad camerunés el 2 de marzo de 2018, a través de la aerolínea AVIANCA, y estas se negaron a subirse al avión.
- f. Se negó el ingreso de la Defensoría del Pueblo para verificar la situación de las personas inadmitidas<sup>54</sup>, y no se les permitió tener contacto directo con la Defensoría Pública sino hasta el momento de la audiencia de hábeas corpus<sup>55</sup>.

78. Ahora bien, la accionante también señaló que las personas inadmitidas: (i) sufrieron agresiones físicas y psicológicas por parte de los agentes de migración; y (ii) que no recibían las tres comidas al día; y (iii) que a pesar de haber manifestado tener posibles necesidades de protección internacional, los agentes de migración no los remitieron a la autoridad competente conforme lo dispone el artículo 100 de la LOMH.

79. Sobre la primera afirmación, en la audiencia de hábeas corpus, la entidad accionada se limitó a señalar que las personas inadmitidas *“se encuentran en buen estado de salud, que no se han violentado sus derechos”*. En relación con la segunda afirmación, en la audiencia ante la Corte Constitucional, manifestó que *“quien estaba corriendo con los gastos de alimentación era la aerolínea”*. Sobre la tercera afirmación, en la audiencia de hábeas corpus, de forma general, indicó que si una persona requiere protección internacional se notifica a la autoridad competente<sup>56</sup>, y en la audiencia celebrada ante la Corte Constitucional, argumentó que la Dirección de Protección Internacional pertenece a otra cartera de Estado, y que al ser un procedimiento de

<sup>53</sup> En la audiencia pública ante la Corte Constitucional, el representante del Ministerio de Gobierno señaló que actualmente la sala de inadmitidos tiene las mismas condiciones como se refirió la parte accionante y que *“las instalaciones que les otorga el aeropuerto a la Subsecretaría de migración para que realice su trabajo”*. En su informe de 17 de enero de 2022 no hace referencia a las condiciones de las instalaciones a pesar de haber sido solicitado expresamente mediante autos de 12 de noviembre de 2021 y 14 de enero de 2022.

<sup>54</sup> Conforme consta en el expediente de acción de hábeas corpus, el 1 de marzo de 2018 a las 23h00, personal de la Defensoría del Pueblo acudió al aeropuerto a verificar la situación de las personas inadmitidas. Sin embargo, el personal de la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales (EPMSA) les comunicó que el supervisor de migración, Ab. Cristian Guerrero, no autorizó su ingreso a la sala de inadmitidos. Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 57 y 58.

<sup>55</sup> En la audiencia de hábeas corpus, la entidad accionada se limitó a señalar que no se comunicó a la Defensoría Pública puesto que estos casos de personas inadmitidas a territorio nacional *“no requieren de audiencia”*. En la audiencia ante la Corte Constitucional, el representante del Ministerio de Gobierno señaló, *“en el caso en particular desconozco el motivo por el cual el encargado de aquel entonces no le permitió el ingreso a la señorita defensora pública, generalmente siempre se les permite que tenga el contacto”*.

<sup>56</sup> En su informe de 17 de enero de 2020, la entidad accionada, sin hacer mención si esto se aplicó o no al caso en específico, se limitó a indicar que: *“Para las personas extranjeras que han manifestado ser solicitantes de protección internacional, los analistas de control migratorio tienen la obligación y el conocimiento para proceder a comunicar de inmediato a la autoridad de movilidad humana para el trámite que corresponda, habiendo suspendido inclusive la materialización de la inadmisión, mientras la autoridad de movilidad humana no determine la admisión o inadmisión a trámite, con el fin de no afectar el principio de no devolución”*.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 1214-18-EP/22

Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

inadmisión unilateral, los funcionarios de inmigración no están obligados a comunicarse con la Dirección de Protección Internacional<sup>57</sup>.

80. A juicio de la Corte, la información y pruebas aportadas por el Ministerio de Gobierno, en el presente caso, no desvirtúan las afirmaciones de la accionante. En relación con la falta de alimentación y supuestas agresiones, constan en el expediente de instancia las declaraciones de las personas inadmitidas<sup>58</sup>. Por otra parte, respecto a la remisión a la DPI para que analice las presuntas necesidades de protección internacional, del expediente de instancia y constitucional, se desprende que fue la accionante, en su calidad de defensora pública, quien notificó a la DPI y no los agentes de migración del aeropuerto<sup>59</sup>.
81. Ante la insuficiencia probatoria para determinar los hechos, el artículo 16 de la LOGJCC señala que “*se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria*”. Ahora bien, esta Corte Constitucional ha determinado que la presunción de los hechos cuando no se demuestre lo contrario no implica que necesariamente se deba concluir lo pretendido por los accionantes y determinar la existencia de una vulneración de derechos de manera automática, sino que se debe considerar los elementos fácticos aportados en el caso<sup>60</sup>.
82. En este sentido, de acuerdo con los parámetros de valoración de la prueba en garantías jurisdiccionales referidos en los párrafos anteriores que establecen que el estándar de prueba requerido para considerar probado un hecho es más flexible que en otros procesos y que la declaración de las presuntas víctimas no puede tomarse de forma aislada, sino que se debe considerar el conjunto de las pruebas del proceso; en el presente caso, de la información y documentación que consta en el expediente sobre la retención de los accionantes, que fue verificada por la DPE en la audiencia de instancia, así como de los hechos respecto de los cuales no existe controversia, este Organismo, reconociendo además el valor que tienen las declaraciones de las presuntas víctimas, da por probados los siguientes hechos:
- a. Algunas de las personas inadmitidas sufrieron agresiones físicas y psicológicas por parte de los agentes que los estaban custodiando en la zona de inadmitidos del aeropuerto;

<sup>57</sup> Audiencia pública, causa No. 1214-18-EP, intervención del abogado Patricio Gallo, en representación del Ministerio de Gobierno.

<sup>58</sup> En la audiencia de hábeas corpus, Stephen Yondo Lyonga declaró que “*nos dieron de comer ayer dos veces, y hoy no, ayer un guardia me golpeó*”; y Aaron Awak manifestó “*la guardia que estuvo ayer (...) fue la misma que estuvo cuando llegué, me dijo que si yo intentaba salir me iba disparara que esa era la penalidad*” (sic). Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 166.

<sup>59</sup> Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 5-6 y 10-11.

<sup>60</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1506-21-EP/21 de 1 de diciembre de 2021, párr. 64.



## ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

- b. Las personas inadmitidas no recibieron las tres comidas al día mientras se encontraban en la zona de inadmitidos del aeropuerto; y
- c. Las personas inadmitidas no fueron remitidas a la autoridad competente para que se analicen sus posibles necesidades de protección internacional.

### 6.3. Análisis de mérito del proceso de origen

83. Esta Corte Constitucional ha reconocido que, conforme los artículos 89 de la Constitución y el 43 de la LOGJCC, el objeto de la acción de hábeas corpus es proteger la libertad, la vida, la integridad física, así como otros derechos conexos, como el derecho a la salud<sup>61</sup>. Al respecto ha señalado que *“los derechos que protege la acción de hábeas corpus no deben ser comprendidos como compartimentos estancos, sino que, en virtud del principio de interdependencia de los derechos, la vida, la libertad y la integridad personal se encuentran estrechamente vinculados”*<sup>62</sup>. De ahí que el artículo 43 de la LOGJCC no establece una lista taxativa sino ejemplificativa de las situaciones o derechos que podrían ser tutelados a través de la presente garantía.

84. A continuación, la Corte Constitucional procederá a analizar la existencia o no de vulneraciones de los derechos a la libertad personal respecto a la retención de Aaron Awak, Stephen Yondo Lyonga, Joseline Abo Fon, Miranda Angun Teke, Mbachick Emmanuel Tekoh y Smith Emmanuel Mbah, en la sala de inadmitidos del aeropuerto (6.3.1); a la integridad personal en relación con las condiciones en las que se encontraban en la sala de inadmitidos (6.3.2); y al derecho y principio de no devolución frente a las posibles necesidades de protección internacional (6.3.3), a luz de los hechos probados.

#### 6.3.1. Sobre la presunta vulneración del derecho a la libertad personal

85. El numeral 1 del artículo 43 de la LOGJCC establece que la acción de hábeas corpus tiene por objeto la protección del derecho *“A no ser privada de la libertad en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, protección que incluye la garantía de que la detención se haga siempre por mandato escrito y motivado de juez competente, a excepción de los casos de flagrancia”*.

86. El artículo 66 numeral 14 de la Constitución de la República reconoce *“el derecho a transitar libremente por el territorio y a escoger su residencia...”*. La Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a la libertad personal *“se encuentra consagrado de forma amplia en el artículo 66 de la [Constitución] incluyendo una lista no taxativa de escenarios y situaciones en los que se permite el ejercicio positivo*

<sup>61</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 209-15-JH/19 y acumulado de 12 de noviembre de 2019, párr. 33.

<sup>62</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados de 24 de marzo de 2021, párr. 165.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 1214-18-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

*de la libertad a las personas y un límite para injerencias arbitrarias a este derecho*<sup>63</sup>. Asimismo, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en lo relevante para el presente caso, establece que:

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.*
2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*

87. El derecho a la libertad personal no es absoluto y podría ser limitado siempre que la privación de libertad se realice en estricto apego a lo dispuesto en la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos que son parte del bloque de constitucionalidad y la ley. De lo contrario, una privación de libertad podría convertirse en ilegal o arbitraria<sup>64</sup>.
88. En relación con la detención migratoria, tanto la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores y de sus familiares como los Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, establecen que las personas migrantes no serán sometidas, individual ni colectivamente, a detención o prisión arbitrarias, y que los Estados deben adoptar medidas para erradicar la detención de migrantes mediante leyes, políticas y prácticas públicas<sup>65</sup>.
89. Asimismo, al interpretar el artículo 40 de la Constitución que establece que “[n]o se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria”, esta Corte ha señalado que dicha norma reconoce la prohibición de la criminalización de la migración y que la detención migratoria, al ser una forma de criminalizar la migración, se encuentra prohibida por la Constitución<sup>66</sup>. Además, conforme el artículo 416 numeral 6 de la Constitución que incorpora el principio de ciudadanía universal y el progresivo fin de la condición de extranjero<sup>67</sup>, este Organismo ha reconocido que la nacionalidad o la condición migratoria jamás podrán servir como fundamento para excluir a una persona de las protecciones básicas que derivan de su dignidad humana. Las personas en situación de movilidad humana son sujetos de derechos y migrar no es un delito. En este sentido, le corresponde al Estado

<sup>63</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2533-16-EP/21 de 28 de julio de 2021, párr. 63.

<sup>64</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 207-11-JH/20 de 22 de julio de 2020, párr. 83.

<sup>65</sup> CMW, Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores y de sus familiares. Artículo 16; CIDH, Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes. Principio 68.

<sup>66</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 159-11-JH/19 de 26 de noviembre de 2019, párr. 116; Sentencia No. 2533-16-EP/21 de 28 de julio de 2021, párr. 90.

<sup>67</sup> La Corte Constitucional ha señalado que el principio de ciudadanía universal y progresivo fin de la condición de extranjero, debe interpretarse, “a la luz del reconocimiento de la mayor cantidad de derechos a favor de las personas extranjeras, sin restricción excesiva e injustificada de su ingreso o permanencia, salvo las causales expresamente establecidas en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes”. Ver, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 002-14-SIN-CC, causas No. 0056-12-IN y 0003-12-IA acumulados, p. 59.



## ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 1214-18-EP/22

Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

abstenerse de adoptar prácticas, leyes o políticas migratorias que refuercen los estereotipos falsos y negativos de que los migrantes, mayormente aquellos en situación irregular, son criminales<sup>68</sup>.

90. En el presente caso, la accionante alega que las personas extranjeras que fueron inadmitidas a territorio nacional y llevadas a la sala de inadmitidos del aeropuerto, se encontraban privadas de libertad de forma ilegal y arbitraria. Por otra parte, el Ministerio de Gobierno considera que, *“el proceso de INADMISIÓN se lo maneja con carácter administrativo de inicio a fin, es decir los servidores de las Unidades de Control Migratorio, no RETIENEN o peor aún DETIENEN, o PRIVAN DE LA LIBERTAD a ninguna persona extranjera por encontrarse dentro de una causal de inadmisión, salvo el caso de que exista alerta internacional de detención”*<sup>69</sup> (las mayúsculas son parte del original).
91. Con el fin de establecer si la estancia de las personas a la sala de inadmitidos puede considerarse como una forma de privación de libertad, es necesario entender el procedimiento de inadmisión que se inició en contra de las personas en situación de movilidad humana de Nigeria y Camerún, y las consecuencias de este.
92. De acuerdo con el artículo 136 de la LOMH, *“[l]a inadmisión es la facultad soberana que tiene el Estado ecuatoriano para negar el ingreso de una persona extranjera en función de una acción u omisión cometida por ésta”*. El artículo 137 ibídem enlista una serie de causales de inadmisión entre las cuales se encuentran: la falta de presentación de un documento de viaje válido o vigente, así como la falta de justificación de la condición migratoria (numerales 4 y 5)<sup>70</sup>. En general, frente a la inadmisión de una persona extranjera, el artículo 138 de la misma ley regula el procedimiento administrativo de inadmisión<sup>71</sup>. Sin embargo, respecto a la causales cuarta y quinta de inadmisión referidas, la LOMH establece que se dispondrá de forma

<sup>68</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párr. 126.

<sup>69</sup> Expediente constitucional, informe presentado por el Ministerio de Gobierno el 17 de enero de 2022, p. 24.

<sup>70</sup> LOHM, artículo 137: *“Causales de inadmisión.- Las causales para la inadmisión de una persona extranjera son: (...) 4. Carezca de documento de viaje válido y vigente expedido por la autoridad que corresponde del lugar de origen o domicilio, salvo en los casos de personas solicitantes de protección internacional con resolución de admisión debidamente notificada en Ecuador por la autoridad competente. 5. Carezca de visa vigente en los casos que ésta sea requerida de acuerdo con la política migratoria ecuatoriana o no justifique su condición migratoria...”*.

<sup>71</sup> Conforme el artículo 138 de la LOMH, el procedimiento para la inadmisión consiste en: elaborar un informe por parte de la o el agente de control migratorio que identifique una posible causa de inadmisión, en el plazo máximo de veinticuatro horas; celebrar una audiencia ante la autoridad de control migratorio; emitir una resolución motivada sobre la situación migratoria de la persona extranjera de forma motivada; comunicar a la empresa de transporte aérea respectiva, con la resolución para que se proceda con el retorno de la persona extranjera. La autoridad de control migratorio además notificará de forma inmediata tanto a la autoridad de movilidad humana como a la Defensoría Pública para que asistan a la persona en el proceso de inadmisión.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 1214-18-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

inmediata la salida de la persona inadmitida sin necesidad de iniciar un procedimiento administrativo<sup>72</sup>. En términos del Ministerio de Gobierno,

*En el caso de las personas inadmitidas a territorio ecuatoriano por las causales 2, 3, 4, 5, 9, 11 y 12, se establece el retorno inmediato, para lo cual se procede a realizar el respectivo informe de inadmisión (...) con la respectiva acta de entrega y recepción de la persona extranjera inadmitida a la empresa transportadora que lo trasladó a Ecuador, para que ésta pueda proceder con su retorno<sup>73</sup>.*

- 93.** Asimismo, el Ministerio de Gobierno indicó que conforme el Anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, “*el explotador de aeronaves será responsable de los costos de la custodia y cuidado*” de la persona a quien se negó el ingreso a territorio nacional<sup>74</sup>.
- 94.** En este sentido, mientras la aerolínea o el explotador de aeronaves coordina el traslado “*al punto donde inició su vuelo*” o “*a cualquier otro lugar donde sea admisible*”<sup>75</sup>, las personas inadmitidas son llevadas a la sala de inadmitidos o de inadmisión que se encuentran en las denominadas zonas de tránsito, “*estériles*” o “*internacionales*” de los aeropuertos. Las zonas de tránsito o “*internacionales*”, en general, se definen como áreas en los aeropuertos internacionales en las que las personas transitan previo o posterior al control migratorio en los puntos de salida o entrada fronterizos<sup>76</sup>. Ahora bien, dichas zonas no solo incluyen a las personas en transbordo, salida o entrada hacia los puntos fronterizos en los aeropuertos, quienes se encuentran en libre movimiento, sino también a las personas rechazadas para ingresar a territorio nacional y a la espera de su traslado o salida, quienes usualmente se encuentran en una situación restringida de movimiento.
- 95.** En el presente caso, las y los señores Aaron Awak, Stephen Yondo Lyonga, Joseline Abo Fon, Miranda Angun Teke, Mbachick Emmanuel Tekoh y Smith Emmanuel

<sup>72</sup> LOHM, artículo 137: “*(...) En los casos previstos en las causales de los numerales 2, 3, 4, 5, 9, 11 y 12 de este artículo, se dispondrá de forma inmediata el retorno de la persona inadmitida, sin que medie procedimiento adicional alguno, la cual podrá ingresar al país una vez que haya subsanado la causal de inadmisión*”.

<sup>73</sup> Expediente constitucional, informe presentado por el Ministerio de Gobierno el 17 de enero de 2022, p. 25. El artículo 138 literal a) del Reglamento a la LOMH establece que, “*De existir resolución de inadmisión de la persona extranjera, en: a) Aeropuertos: se procederá a comunicar inmediatamente a la empresa transportadora que condujo a la persona extranjera al Ecuador, con la respectiva resolución y acta de custodia a fin de que proceda a trasladarla de retorno al país de origen, último puerto de embarque, o a cualquier otro lugar donde sea admisible*”.

<sup>74</sup> Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), Anexo 9 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional, “*5.9 El explotador de aeronaves será responsable de los costos de la custodia y cuidado de una persona documentada inapropiadamente desde el momento en que se considera no admisible y se le entrega nuevamente al explotador de aeronaves para su retiro del Estado*”.

<sup>75</sup> Ibid., 5.11.

<sup>76</sup> El Anexo 9 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional define a la “*Zona de tránsito directo*” como “*Zona especial que se establece en los aeropuertos internacionales, con la aprobación de las autoridades competentes y bajo su supervisión o control directo, en la que los pasajeros pueden permanecer durante el tránsito o trasbordo sin solicitar entrada al Estado*”.



**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

Mbah, fueron inadmitidos para ingresar a territorio nacional (en el caso de Aaron Awak, por carecer de un documento de viaje válido y vigente, y en el caso de las demás personas, por no justificar su condición migratoria como turistas en el país), y todos fueron llevados a la sala de inadmitidos del aeropuerto, donde se encontraban custodiados por agentes policiales mientras las distintas aerolíneas coordinaban su traslado.

96. En la sentencia No. 335-13-JP/20, esta Corte ya reconoció que la retención de personas en las instalaciones de detención o zonas de tránsito o “internacionales” en los aeropuertos, que incluye la sala de inadmitidos, es *“una forma de detención migratoria, puesto que estas personas se encuentran bajo custodia y control por parte de agentes del Estado, como son los funcionarios de inmigración y su libertad de movimiento está sustancialmente limitada”*<sup>77</sup>.

97. Este Organismo ha enfatizado que la privación de la libertad *“puede darse en cualquier lugar que conlleve que la persona, contra su voluntad, no pueda ejercer su libertad de movimiento. Estos lugares pueden ser por ejemplo, el propio domicilio, un hospital, un colegio, un lugar público”*<sup>78</sup>. De ahí que, independientemente de la denominación que la detención migratoria pueda recibir, incluso como alojamiento temporal o albergue, y del tipo de instalación física en el que se encuentra una persona, se considera privación de libertad:

*... cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria*<sup>79</sup>.

98. En términos similares, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de las Naciones Unidas, en su última Observación General No. 5, consideró que la detención migratoria se refiere a cualquier situación en la que una persona es privada de libertad por motivos relacionados con su condición migratoria, independientemente del nombre o razón dado para llevar a cabo la privación de libertad, o el nombre de la instalación o lugar donde la persona se encuentra retenida mientras se encuentra privada de libertad. En consecuencia, la detención de migrantes incluye, como mínimo, la detención en cárceles, comisarías, centros de inmigración, centros de detención, instalaciones de

<sup>77</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párr. 98.

<sup>78</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 166-12-JH/20 de 08 de enero de 2020, párr. 37.

<sup>79</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párr. 96 y Sentencia No. 2533-16-EP/21 de 28 de julio de 2021, párr. 78, citando a: CIDH, Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas. Disposición General; CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 385



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 1214-18-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

acogida cerradas, instalaciones sanitarias y cualquier otro recinto cerrado, tales como **las zonas internacionales o de tránsito en puertos aéreos, terrestres y marítimos**<sup>80</sup>.

99. Asimismo, este Organismo ha enfatizado que el Estado no puede pretender liberarse de sus obligaciones nacionales e internacionales en las zonas de tránsito o “internacionales” dentro de los aeropuertos, y que la obligación de respetar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna dentro de su jurisdicción incluye los puntos de entrada fronterizos de *jure* como son las zonas de tránsito o “internacionales”<sup>81</sup>. Por lo que, las fronteras internacionales no pueden entenderse como zonas de exclusión o excepción de las obligaciones de los derechos humanos. En términos de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

*... los derechos humanos de todas las personas que se encuentren en fronteras internacionales deben respetarse en todas las actividades relacionadas con el control de las fronteras, el cumplimiento de la ley y otros objetivos de los Estados, independientemente de qué autoridades ejecuten las medidas de gobernanza de las fronteras y dónde tengan lugar estas actividades*<sup>82</sup>.

100. A pesar de que la entidad accionada ha alegado que una vez inadmitidas a territorio nacional, la aerolínea es la encargada de la custodia y cuidado de dichas personas con base en lo dispuesto en el Anexo 9 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional y el artículo 138 del Reglamento a la LOMH<sup>83</sup>, las personas inadmitidas se encontraban bajo control y vigilancia de agentes estatales en la sala de inadmitidos. Esta Corte considera que, en el presente caso, no resultan relevantes las “*actas de entrega-recepción*” presentadas por el Ministerio de Gobierno que fueron emitidas luego de la decisión de inadmisión, en las que se coloca a las personas inadmitidas bajo cuidado de la aerolínea. Los agentes de migración no dejan de ser garantes de los derechos de las personas inadmitidas o rechazadas, puesto que el Estado conserva sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos en las zonas de tránsito o “internacionales”, independientemente de los procedimientos migratorios que se ejecuten y de quién ejerce formalmente la custodia o cuidado de las personas inadmitidas, mientras estas sigan en dichas zonas. Esto es aún más relevante si se considera que, a pesar de las

<sup>80</sup> Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, General comment No. 5 (2021) on migrants’ rights to liberty, freedom from arbitrary detention and their connection with other human rights, párr. 15.

<sup>81</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párr. 99, citando a: ACNUR, Consideraciones jurídicas sobre la responsabilidad de los Estados en lo relativo a las personas que buscan protección internacional en las zonas de tránsito o “zonas internacionales” de los aeropuertos, 17 de enero de 2019. CIDH, Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, Principio 6.

<sup>82</sup> ACNUDH, Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales, 23 de julio de 2014, A/69/CRP.

<sup>83</sup> El artículo 138 del Reglamento a la LOMH establece que “*La autoridad de control migratorio será la responsable del cuidado de la persona extranjera que se encuentre en proceso de inadmisión hasta que sea entregada a la empresa transportadora, de conformidad con lo que establece la Ley Orgánica de Movilidad Humana*”.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

“*actas de entrega-recepción*”, las personas inadmitidas estaban en la sala de inadmitidos del aeropuerto y se encontraban custodiadas por agentes del Estado.

- 101.** A juicio de esta Corte, toda vez que las personas inadmitidas fueron llevadas a un cuarto del que no podían salir libremente, que se encontraban custodiadas por agentes estatales y que su libertad de movimiento o ambulatoria se encontraba limitada de forma significativa, su estancia en la sala de inadmitidos no puede calificarse de otra forma que una privación de libertad basada en motivos relacionados en su condición migratoria. En este sentido, corresponde verificar si dicha privación de libertad fue ilegal o arbitraria conforme lo alegado por la accionante.
- 102.** En la sentencia No. 207-11-JH/20, este Organismo definió a la detención ilegal a la privación de libertad que es ejecutada en contravención a los mandatos expresos de las normas que componen el ordenamiento jurídico, ya sea en el aspecto material o formal. Por otra parte, entendió que una detención arbitraria es aquella que se ha realizado utilizando causas y métodos que puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos humanos de la persona, aunque se haya realizado en cumplimiento de las normas legales<sup>84</sup>.
- 103.** En este sentido, esta Corte ha señalado que se puede considerar una detención arbitraria, “[c]uando los solicitantes de asilo, inmigrantes o refugiados son objeto de detención administrativa prolongada sin posibilidad de examen o recurso administrativo o judicial o existe el riesgo de devolución al país donde temen persecución o donde peligre su vida, libertad o integridad”<sup>85</sup>. Si bien se reconoce que podrían existir situaciones excepcionales en que luego de la inadmisión de una persona a territorio nacional, se necesite de un tiempo razonable para coordinar el traslado de la persona hacia su último puerto de embarque, la retención de una persona migrante por más de 24 horas en las zonas de tránsito o “internacionales” en los aeropuertos, constituye una detención arbitraria<sup>86</sup>. Si una persona es inadmitida a territorio nacional y no se verifican posibles necesidades de protección internacional, con el fin de tutelar sus derechos, es necesario que se coordine en el menor tiempo posible y de la manera más eficiente su traslado a su último puerto de embarque en conjunto con la aerolínea.
- 104.** En el caso que nos ocupa, se verifica que Aaron Awak estuvo retenido en la sala de inadmitidos desde el 17 de febrero de 2018, al menos, hasta el 7 de mayo de 2018<sup>87</sup>; Joseline Abo Fon, Stephen Yondo Lyonga, Miranda Angun Teke, Mbachick

<sup>84</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 207-11-JH/20 de 22 de julio de 2020, párr. 83.2.3.

<sup>85</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 207-11-JH/20 de 22 de julio de 2020, párr. 103.

<sup>86</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párr. 110.

<sup>87</sup> Del informe presentado por el Ministerio de Gobierno el 17 de enero de 2022, se desprende que una vez efectuados los trámites con la embajada de Nigeria en Caracas, se emitió “*Ticket electrónico aéreo (...) por LATAM AIRLINES ECUADOR, con fecha 28 de abril de 2018, a nombre de AWAK ISAAC, para el 07 de mayo de 2018*”.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 1214-18-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

Emmanuel Tekoh, desde el 1 de marzo de 2018 hasta el 9 de marzo de 2018<sup>88</sup>, y Smith Emmanuel Mbah, desde el 1 de marzo de 2018, al menos, hasta el 14 de marzo de 2018<sup>89</sup>. Toda vez que en el presente caso las personas inadmitidas fueron retenidas en el aeropuerto de forma prolongada e injustificada por más de 24 horas, se concluye que la privación de libertad fue arbitraria. Por otra parte, este Organismo verifica que ni la LOMH ni su Reglamento establecen que las personas inadmitidas en los aeropuertos deban ser trasladadas a la sala de inadmitidos, estar retenidas en dicho lugar hasta que se ejecute su traslado y deban ser custodiadas y vigiladas por agentes estatales. Por lo que también se considera que la privación de libertad fue ilegal. Esto considerando además que la propia Constitución, en su artículo 40, prohíbe la detención con fines migratorios.

- 105.** Por último, esta Corte considera necesario enfatizar las garantías mínimas que estableció en la sentencia No. 335-13-JP/20 en relación con las personas a quienes se limite el ingreso a territorio nacional, como en el presente caso a las personas inadmitidas, y a quienes se retenga temporalmente en el aeropuerto previo a su traslado al último puerto de embarque, tales como:

- a) *No ser incomunicadas en cuartos de detención u otro tipo de instalaciones;*
- b) *Ser informada(s) de las razones por las cuales se limitó su ingreso a territorio nacional;*
- c) *Acceder a un intérprete o traductor cuando así lo requieran;*
- d) *Solicitar protección internacional con las debidas garantías de dicho procedimiento;*
- e) *Comunicarse con el consulado de su país y poder acceder a asistencia consular;*
- f) *Contar con una defensora o defensor de su elección, o en su defecto, recibir asistencia legal por parte de la Defensoría Pública y la Defensoría del Pueblo, las cuales deben ser inmediatamente notificadas por los agentes de migración ante una inadmisión en el aeropuerto;*
- g) *Activar los mecanismos legales que consideren necesarios e idóneos frente a esta limitación a su derecho a migrar, entre otras<sup>90</sup>.*

- 106.** Frente a los hechos probados en el presente caso, este Organismo considera necesario aclarar que dichas garantías mínimas se deben aplicar de forma obligatoria, con independencia de la causal de inadmisión o de la apertura o no de un procedimiento administrativo de inadmisión conforme la LOMH. Asimismo, debe enfatizarse que la solicitud de protección internacional debe suspender cualquier medida que tenga como fin la devolución de la persona al lugar donde su vida u otros derechos corren riesgo de violación y que la asistencia por parte de la DPE o la Defensoría Pública

<sup>88</sup> Conforme los antecedentes expuestos, en esa fecha se admitieron a trámite sus solicitudes de asilo y la accionante gestionó su salida del aeropuerto.

<sup>89</sup> En el escrito presentado por la accionante el 18 de noviembre de 2011, se señala que “En relación al señor Emmanuel Mbah Smith, mantuve comunicación telefónica hasta unos días después del 14 de marzo de 2018, fecha en la que presenté la apelación al habeas corpus (...) Posteriormente conocí que el señor Emmanuel Mbah Smith fue devuelto por migración, a pesar de que su proceso de refugio estaba pendiente de resolución definitiva. Desconozco la fecha exacta en la que fue retornado”. Por otra parte, en el informe remitido por el Ministerio de Gobierno el 17 de enero de 2022, no consta información al respecto.

<sup>90</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párr. 113.

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 1214-18-EP/22****Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

debe ser de forma directa en las instalaciones del aeropuerto, que incluye la sala de inadmitidos. Por lo que no se puede negar su ingreso cuando dicha asistencia tiene como finalidad la protección de los derechos de las personas en la zona de tránsito o internacionales en los aeropuertos.

107. En consecuencia, la Corte Constitucional determina que se vulneró al derecho a la libertad personal de los señores Aaron Awak, Stephen Yondo Lyonga, Joseline Abo Fon, Miranda Angun Teke, Mbachick Emmanuel Tekoh y Smith Emmanuel Mbah, al ser privados de libertad de forma ilegal y arbitraria en la sala de inadmitidos de la zona de tránsito o internacional del Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre.

### 6.3.2. Sobre la presunta vulneración del derecho a la integridad personal

108. El numeral 4 del artículo 43 de la LOGJCC, establece que la acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger a la persona, *“A no ser torturada, tratada en forma cruel, inhumana o degradante”*.
109. La Constitución, en su artículo 66 numeral 3, reconoce que el derecho a la integridad personal incluye: *“a. La integridad física, psíquica, moral y sexual (...) c. La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes...”*.
110. En relación con las dimensiones del derecho a la integridad (física, psíquica o psicológica, moral y sexual), la Corte estableció que son complementarias e interdependientes entre sí, por lo que la vulneración a una podría, en ciertos casos, resultar en la afectación, en mayor o menor grado, de otra. Respecto a la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, determinó que esta debe ser considerada como una regla de carácter absoluto que no admite justificación razonable alguna para infringirla<sup>91</sup>.
111. En el presente caso, la accionante alega que las personas inadmitidas estuvieron retenidas en condiciones contrarias a su dignidad humana, recibieron amenazas, fueron agredidas físicamente por los agentes de migración, y se encontraban incomunicadas para recibir asistencia de la DPE y la Defensoría Pública.
112. Sobre las condiciones de detención, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares ha considerado que las malas condiciones de detención pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante y pueden aumentar el riesgo de otras violaciones de derechos, como el derecho a la salud, la alimentación, una vivienda adecuada, el agua potable y el

<sup>91</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados de 24 de marzo de 2021, párrs. 71 y 76.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 1214-18-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

saneamiento<sup>92</sup>. De forma particular, respecto a las condiciones de la retención en las zonas de tránsito o internacionales de los aeropuertos, esta Corte Constitucional ha señalado que *“la incomunicación excesiva o indeterminada, necesariamente tiene un efecto sobre la integridad de la personal, la cual se ve reforzada por otras condiciones como la falta de un lugar para descanso, la falta de provisión de alimentos, entre otros, lo cual podría llegar a constituir un trato cruel, inhumano o degradante”*<sup>93</sup>.

- 113.** Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reconocido que la privación de libertad en lugares reducidos y sin ventilación ni luz natural, sin cama para su reposo ni condiciones adecuadas de higiene, con precarias condiciones de alimentación, así como la intimidación por amenazas de otros actos violentos y la incomunicación durante la detención, vulneran el derecho a la integridad personal<sup>94</sup> y constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes conforme lo dispuesto en el artículo 5.2 de la CADH<sup>95</sup>. Asimismo, la Corte IDH ha determinado que con el fin de proteger a las mujeres contra toda forma de discriminación y violencia, más aún cuando se encuentran bajo custodia estatal, ellas deben estar separadas de los hombres<sup>96</sup>.
- 114.** En contraste con lo anterior, en el caso se verifica que la sala de inadmitidos del aeropuerto en la que estuvieron retenidas las personas de Nigeria y Camerún se describe como una habitación custodiada por agentes de la Policía Nacional, sin ventanas o luz natural, con dos sillones, un baño y un lavamanos, en la que se encontraban tanto hombres como mujeres. Asimismo, constan en el expediente del hábeas corpus las declaraciones de Stephen Yondo Lyonga, quien señaló que *“nos dieron de comer ayer dos veces, y hoy no, ayer un guardia me golpeó (...) es la segunda vez que salgo de habitación, la primera vez Sali (sic) a la entrevista, después de eso me regresaron al cuarto y no he vuelto a salir...”*, y de Aaron Awak, quien manifestó *“la guardia que estuvo ayer (...) fue la misma que estuvo cuando llegué, me dijo que si yo intentaba salir me iba disparara (sic) que esa era la penalidad”*<sup>97</sup>. Por su parte, consta como un hecho probado que se negó el ingreso de la DPE para

<sup>92</sup> Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, General comment No. 5 (2021) on migrants' rights to liberty, freedom from arbitrary detention and their connection with other human rights, párr. 83.

<sup>93</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párr. 116.

<sup>94</sup> Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 150; Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236, párr. 85; Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, párr. 60; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 319.

<sup>95</sup> Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 58.

<sup>96</sup> Corte IDH. Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 6 de septiembre de 2012, párr. 14.

<sup>97</sup> Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 166.



**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

verificar la situación de los accionantes y que la primera vez que la accionante, en su calidad de defensora pública, tuvo contacto directo con las personas inadmitidas fue en la audiencia de hábeas corpus en el aeropuerto.

- 115.** En este sentido, esta Corte considera que la retención de las personas cameruneses y nigeriana en la sala de inadmitidos del aeropuerto se dio en condiciones incompatibles con su dignidad humana y su integridad personal, en la medida en que no contaron con: un espacio lo suficientemente amplio para pasar todas las noches que fueron retenidos en dicha sala; acceso a ventilación y luz natural; acceso a sanitarios con suficiente privacidad; como alimentación adecuada, oportuna y suficiente; y fueron víctimas de agresiones tanto físicas como psicológicas por parte de los agentes que los custodiaban. Ahora bien, en relación con la falta de contacto directo con la DPE o con la accionante como defensora pública, este Organismo no considera que necesariamente se pueda calificar a la retención de las personas inadmitidas como una situación propia de incomunicación, puesto que estas tuvieron acceso a internet y contaron con sus teléfonos celulares y otros aparatos electrónicos a través de los cuales mantuvieron contacto continuo con la accionante y probablemente con otras personas.
- 116.** Con el fin de identificar si las afectaciones a la integridad personal de las personas inadmitidas pueden llegar a configurarse como tortura o trato cruel, inhumano o degradante, esta Corte Constitucional ha señalado que la distinción entre ambas está condicionada a aspectos como: *“la gravedad del acto u omisión, a las relaciones de poder entre las personas involucradas, a la frecuencia del acto y a la condición de la persona a la que se infringe el sufrimiento o la de sus familiares”*<sup>98</sup>.
- 117.** En el caso que nos ocupa, por la duración y las condiciones de la retención en la sala de inadmitidos (frecuencia), las características personales de Aaron Awak, Stephen Yondo Lyonga, Joseline Abo Fon, Miranda Angun Teke, Mbachick Emmanuel Tekoh y Smith Emmanuel Mbah, como personas migrantes en situación de vulnerabilidad y que no hablan el idioma español<sup>99</sup> (situación de las personas en movilidad humana y estado de subordinación frente a los agentes de migración), así como la intensidad de los sufrimientos causados por estar retenidas de forma indefinida y con el temor de ser devueltas a sus países de origen en los cuales alegaron que sus vidas corren peligro (gravedad), la Corte considera que las afectaciones a su integridad personal se

<sup>98</sup> La Corte Constitucional señaló que: *“...no todo trato cruel, inhumano o degradante alcanza el grado de tortura, pues esto depende de las circunstancias y de la intensidad de la afectación física, psicológica, moral o sexual hacia la víctima o incluso a sus familiares. Factores tales como la duración y recurrencia de los actos y también la edad, el sexo, la orientación sexual o identidad de género, la condición de salud u otras circunstancias pueden determinar niveles de impotencia de la víctima que revistan de mayor gravedad y sufrimiento a la vejación y, por ende, devenir en tortura. Consecuentemente, las condiciones que revisten a los hechos merecen un análisis en cada caso”*. Ver, Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados de 24 de marzo de 2021, párrs. 83 y 85.

<sup>99</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párr. 85; Sentencia No. 159-11-JH/19 de 26 de noviembre de 2019, párr. 34



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 1214-18-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

califican como tratos crueles, inhumanos y degradantes, mas no como actos de tortura conforme los conceptos desarrollados previamente.

- 118.** Por último, este Organismo enfatiza nuevamente que las obligaciones estatales de respeto y garantía de los derechos humanos no se encuentran excluidas en las zonas de tránsito o internacionales en los aeropuertos. De ahí que es obligación del Ministerio de Gobierno, a través de sus agentes y unidades de control migratorio en los aeropuertos, respetar y garantizar los derechos de las personas que transitan o se encuentran retenidas en dichas zonas. Respecto a las personas inadmitidas, es necesario que el Ministerio de Gobierno, a través de las unidades de control migratorio de los aeropuertos, garantice y supervise que estas, al menos, cuenten con (i) acceso a agua potable; (ii) alimentación adecuada y de buena calidad (mínimo tres comidas al día); (iii) un espacio de descanso con ventilación y condiciones de higiene; (iv) atención médica si la persona lo requiere; (v) así como acceso a servicios sanitarios con condiciones de higiene y privacidad, mientras se ejecuta el procedimiento de inadmisión a territorio nacional. Esto considerando además que son los agentes de migración quienes ejercen control y vigilancia de las personas inadmitidas a territorio nacional.
- 119.** En este sentido, el Ministerio de Gobierno no puede pretender desconocer su responsabilidad sobre las condiciones de la sala de inadmitidos en el presente caso por el solo hecho de que las personas camerunesas y nigeriana, mediante actas de entrega-recepción, fueron puestas bajo custodia y cuidado de las distintas aerolíneas, como objetos de intercambio. Además que en la audiencia pública celebrada ante esta Corte, el representante del Ministerio de Gobierno señaló que el hecho de poner a las personas bajo custodia de la aerolínea se limita a que esta deba correr con los gastos de alimentación y se encargue del traslado al último puerto de embarque<sup>100</sup>. Incluso si las personas inadmitidas a territorio nacional, en efecto, se hubiesen encontrado bajo custodia y cuidado de agentes particulares, el Ministerio de Gobierno, a través de sus unidades de migración en los aeropuertos, tiene la obligación de supervisar que esta custodia se dé en el marco del respeto de los derechos de las personas.
- 120.** En consecuencia, esta Corte concluye que se vulneró el derecho a la integridad personal y la prohibición de ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, reconocidos en los artículos 66 numeral 3 de la Constitución, de los señores Aaron Awak, Stephen Yondo Lyonga, Joseline Abo Fon, Miranda Angun Teke, Mbachick Emmanuel Tekoh y Smith Emmanuel Mbah.

### **6.3.3. Sobre la presunta vulneración del derecho y principio de no devolución**

- 121.** El artículo 43 numeral 5 de la LOJGCC establece que la acción de hábeas corpus también tiene por objeto la protección del derecho *“A que, en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada*

<sup>100</sup> Audiencia pública, causa No. 1214-18-EP, intervención del abogado Patricio Gallo, en representación del Ministerio de Gobierno.



**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

*y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su seguridad”.*

- 122.** El derecho y principio de no devolución se encuentra reconocido en el artículo 66 numeral 14 de la Constitución que establece, “*Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligren por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas*”. Distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, de los cuales el Ecuador es parte, como la CADH o la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, reconocen este principio<sup>101</sup>.
- 123.** En la sentencia No. 897-11-JP/20, la Corte Constitucional determinó que si bien la no devolución es considerada como la piedra angular del derecho al asilo y del derecho internacional de las personas refugiadas, y es una norma consuetudinaria de derecho internacional que tiene el carácter de norma *ius cogens*, este derecho y principio no protege únicamente a las personas solicitantes de asilo o refugiadas, sino a toda persona, independiente de su estatuto legal o condición migratoria, a no ser devuelta al lugar donde su vida, libertad e integridad se encuentre en riesgo de violación<sup>102</sup>. Lo anterior incluye, por ejemplo, a aquellas personas que están en riesgo de tortura o de tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes<sup>103</sup>. De ahí que, el derecho a la no devolución no se encuentra limitado a situaciones específicas, sino que pueden existir distintos motivos fundados para creer que existe un riesgo real de daño irreparable si la persona es devuelta a un determinado lugar<sup>104</sup>.
- 124.** A criterio de esta Corte, el principio y derecho de no devolución protege a las personas aun cuando no han sido formalmente admitidas a territorio nacional y garantiza el acceso a un procedimiento en el que se analice de forma adecuada e individualizada sus distintas necesidades de protección, en particular, necesidades de protección internacional, previo a cualquier medida o práctica que afecte sus derechos, como rechazos o inadmisiones en frontera, o deportación *de facto* o en caliente<sup>105</sup>.
- 125.** Por otra parte, este Organismo ha reconocido que existen distintas formas de devolución, entre las cuales se incluyen: la directa, cuando la persona es enviada hacia un Estado en el que sus derechos se encuentran en riesgo; indirecta, cuando es

<sup>101</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22 numeral 8; Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 33; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 3 numeral 1.

<sup>102</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 897-11-JP/20 de 12 de agosto de 2021, párrs. 67 y 73; Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 135-136.

<sup>103</sup> Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 13; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas; artículo 3.

<sup>104</sup> CIDH, Migración Forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica, párr. 216.

<sup>105</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 897-11-JP/20 de 12 de agosto de 2021, párr. 71; Sentencia No. 639-19-JP/20 y acumulados de 21 de octubre de 2020, párr. 78; Sentencia No. 983-18-JP/21 de 25 de agosto de 2021, párr. 227.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 1214-18-EP/22

Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

trasladada hacia un Estado desde donde pueda ser retornada al país en donde sufre dicho riesgo; formal, cuando la devolución se ha dado mediante un acto administrativo o judicial del Estado; o encubierta, cuando la salida forzosa de la persona resulta de acciones u omisiones del Estado o de situaciones en que este apoye o tolere actos cometidos por otras personas con miras a provocar la salida de personas de su territorio<sup>106</sup>.

126. En el caso que nos ocupa, la accionante alegó que las personas inadmitidas manifestaron no poder ser devueltas a su país de origen porque sus vidas corrían peligro. En el expediente del proceso de hábeas corpus constan los testimonios de las personas en relación con los posibles riesgos de su devolución:

*STEPHEN YONDO LYONGA, vengo de Camerún (...) yo vine aquí porque mi vida esta en riesgo, vengo de la región que habla el inglés, estamos amenazados por el gobierno, nos maltratan allá, digo la verdad, trato de defender a mi gente, hice una protesta el 22 de septiembre del año pasado, el gobierno mando a los militar a publicar mi foto y estoy como buscado, por lo que tenía que huir porque mi vida está en riesgo, mis amigos han sido matados, he sido detenido por migración, no nos han dejado salir, nos dieron de comer ayer dos veces, y hoy no, ayer un guardia me golpeo...*

*MIRANDA ANGUN TEKE.- yo soy de Camerún y vine con mi novio, venimos huyendo somos de la región, nos están persiguiendo, y mataron a mi padre porque tuve que salir desde esa fecha, no nos dejan salir.*

*JOSELINE ABO FON.- soy de Camerún, vinimos por la crisis de nuestro país, venimos del ingles hablante y nos están persiguiendo y tratando de matare (sic), capturaron a mi padre, hermano, hermana y no se donde están ahora mismo.*

*MBACHICK EMMANUEL TEKOH.-Estoy aquí por la marginación de los ingles hablantes de Camerún, nos torturan disparan contra nosotros porque protestamos contra el gobierno, estoy aquí por miedo de persecución...*

*SMITH EMANUEL MBAH.- soy de Camerún, soy negociador vine por las mismas razones por la persecución en mi paises (sic) en contra de los ingles hablantes, vine por que mi negocio lo quemaron por razones politicas, si eso no fuera suficiente, mis hermanos están siendo matados, no se donde esta (sic) mi familia, yo vendía ropa no podía seguir, por que quemaron mi negocio...<sup>107</sup>*

127. De los hechos probados se desprende que a pesar de que las personas inadmitidas expresaron sus motivos y razones por las cuales temían ser devueltas a su país de origen, ninguna fue remitida a la autoridad competente para que se analicen dichas solicitudes, previo a que se ejecute su traslado con la aerolínea como parte de la decisión de inadmisión; y al contrario se intentó subirlos al avión para regresarlos a su último puerto de embarque. Al respecto, es importante considerar que conforme el artículo 100 de la LOMH,

*Cualquier servidor público que tenga conocimiento del ingreso al territorio nacional de una persona que pudiese encontrarse inserta en los supuestos que fundamentan la concesión de protección internacional, tiene el deber de referirla inmediatamente a la*

<sup>106</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 983-18-JP/21 25 de agosto de 2021, párr. 230.

<sup>107</sup> Expediente No. 17240-2018-00006, fs. 166 y 169.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 1214-18-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

*autoridad de movilidad humana para que presente la respectiva solicitud.* (El énfasis es propio)

- 128.** A criterio de esta Corte, era obligación de los oficiales o agentes de migración poner en conocimiento de la Dirección de Protección Internacional la intención de las personas inadmitidas de solicitar asilo y suspender su traslado o devolución hasta que puedan acceder a un procedimiento justo y eficiente en el que se determinen sus posibles necesidades de protección internacional y cuenten con una decisión final. En el presente caso, fue la accionante, en su calidad de defensora pública, quien puso en conocimiento el caso de la Dirección de Protección Internacional<sup>108</sup>.
- 129.** Ahora bien, tanto en la audiencia celebrada en la presente causa como en la información remitida por el Ministerio de Gobierno, este expuso que las personas de nacionalidad camerunés y nigeriana ya contaban con una decisión de inadmisión y que durante las entrevistas que los oficiales de migración realizaron para conocer sus motivos para ingresar a territorio nacional, nunca mencionaron temer por sus vidas o la intención de solicitar asilo, lo cual solo habría sucedido cuando ya se encontraban retenidas y a la espera de ser trasladadas por la aerolínea a su último puerto de embarque.
- 130.** Al respecto, es necesario enfatizar que la responsabilidad de un Estado de proteger a las personas contra la devolución es independiente de si la persona ha sido autorizada a ingresar a territorio nacional o si está ubicada en las zonas de tránsito o en la zona "internacional" de un aeropuerto<sup>109</sup>, en la medida en que este derecho y principio es una garantía para salvaguardar la vida e integridad<sup>110</sup>.
- 131.** De ahí que una persona que se encuentra en las zonas de tránsito o internacionales en los aeropuertos, incluida la sala de inadmitidos o de inadmisión, en cualquier momento podría manifestar su intención de presentar una solicitud de asilo a las autoridades de migración. Para ello, no es relevante si la persona lo hace al momento de ser entrevistada por los agentes de migración en los puestos u oficinas de control migratorio en los aeropuertos o si ya cuenta con una decisión de inadmisión y la aerolínea se encuentra coordinando su traslado.
- 132.** Conforme el artículo 100 de la LOMH citado en el párrafo 127 *ut supra*, frente al conocimiento de una persona con posibles necesidades de protección internacional, las autoridades u oficiales de control migratorio de los aeropuertos o cualquier otro

<sup>108</sup> A fojas 5-6 y 10 11 del expediente No. 17240-2018-00006, constan las comunicaciones remitidas por la accionante el 1 y 2 de marzo de 2018, tanto por correo electrónico como por escrito, a la DPI informando el riesgo de devolución de las personas inadmitidas y solicitando que se inicie el procedimiento previsto en el artículo 100 de la LOMH.

<sup>109</sup> El principio de no devolución también protege a las personas que no han ingresado al país en un sentido legal o han pasado por los controles migratorios. Ver, ACNUR, Consideraciones jurídicas sobre la responsabilidad de los Estados en lo relativo a las personas que buscan protección internacional en las zonas de tránsito o "zonas internacionales" de los aeropuertos, p. 3.

<sup>110</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21 de 1 de diciembre de 2021, párr. 60.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 1214-18-EP/22

Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

servidor público que se encuentre allí, tienen el deber de poner en conocimiento a la autoridad de movilidad humana y suspender cualquier proceso de traslado o devolución, mientras la Dirección de Protección Internacional activa el procedimiento para analizar las posibles necesidades de protección internacionales alegadas, conforme a la misma LOMH.

133. Además, se debe considerar que no existe una sola fórmula o forma correcta sobre cómo se podría manifestar el deseo o la intención de solicitar protección internacional. A esto se debe agregar el miedo o la ansiedad que las personas migrantes enfrentan cuando son retenidas en los aeropuertos. Así, con el fin de garantizar el derecho a solicitar y disfrutar del asilo y el derecho y principio de no devolución, los agentes u oficiales de migración tienen la obligación respecto a las personas que son retenidas en la zona de tránsito o zona “internacional” de un aeropuerto, de realizar consultas independientes sobre su necesidad de protección internacional y garantizar que no estén en riesgo de devolución, así como proveer de la información pertinente en un idioma que comprendan sobre la posibilidad de presentar una solicitud formal de asilo ante la autoridad competente<sup>111</sup>.
134. Por otra parte, llama la atención de esta Corte que se haya negado el acceso a la Defensoría del Pueblo a la sala de inadmitidos del aeropuerto. Más aún cuando la Defensoría del Pueblo es el ente encargado de implementar el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos y Degradantes<sup>112</sup>, adscrito al Subcomité de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas, que tiene como fin prevenir la tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes, no solo en los centros de privación de libertad del país, sino en cualquier lugar, estatal o particular, donde la libertad ambulatoria de las personas se encuentre restringida. Por lo que frente a denuncias sobre presuntos actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes de personas retenidas o privadas de su libertad, se debe permitir el ingreso de dicha entidad. Además, ante posibles casos de personas con necesidades de protección internacional, es necesario que estas tengan la oportunidad de ponerse en contacto con otras instituciones como la DPE, la Defensoría del Pueblo o incluso el ACNUR, con el fin de que, a través de visitas y contacto directo, se pueda evaluar y supervisar su bienestar y brindar asistencia

<sup>111</sup> En términos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), existen incluso casos en los cuales el Estado conoce o se espera que razonablemente conozca, sobre los riesgos de devolver a una persona o grupos de personas en particular. Por ejemplo, si se trata de personas que provienen de un país o lugar que se encuentra en conflicto armado. Ver, ACNUR, Consideraciones jurídicas sobre la responsabilidad de los Estados en lo relativo a las personas que buscan protección internacional en las zonas de tránsito o “zonas internacionales” de los aeropuertos, pp. 4-5.

<sup>112</sup> Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, artículo 6: “Competencias.- Para poder cumplir con sus fines la Defensoría del Pueblo tendrá las siguientes competencias: (...) e) Prevenir e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas;...”; y artículo 22: “Mecanismos de protección.- La Defensoría del Pueblo, con el fin de cumplir con las obligaciones nacionales e internacionales de derechos humanos y de la naturaleza, implementará de manera progresiva, los siguientes mecanismos de protección: a) Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos y Degradantes;...”.

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 1214-18-EP/22****Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

cuando sea necesario, en el marco de las competencias y mandato de cada uno de estas instituciones y organización.

135. Por último, esta Corte considera necesario enfatizar que cuando se presenta una acción de hábeas corpus con base en el numeral 5 del artículo 43 de la LOGJCC, el fin de esta garantía jurisdiccional es evitar que una persona sea expulsada o devuelta al lugar donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su seguridad, y para ello no es necesario que la persona haya presentado una solicitud de asilo conforme lo dispone la misma norma. Esto quiere decir que frente a este tipo de hábeas corpus corresponde a las juezas y jueces constitucionales evaluar que existan motivos razonables para considerar que si una persona es devuelta se pondría en riesgo su vida, integridad y libertad; y de ser así, aceptar el hábeas corpus, disponer que se suspenda cualquier medida o procedimiento de devolución o expulsión, y conforme el artículo 100 de la LOMH, referir el caso a la autoridad de movilidad humana.
136. Sobre la base de las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional concluye que la inadmisión de las personas de nacionalidad camerunés y nigeriana, sin analizar sus posibles riesgos en caso de ser regresados a su último puerto de embarque, vulneró el principio de no devolución y ante el riesgo de devolución procedía aceptar la garantía de hábeas corpus.

## 7. Reparaciones

137. El artículo 86 numeral 3 de la Constitución establece que frente a toda violación de derechos constitucionales, declarada por un juez o jueza, procede la reparación integral material e inmaterial. Para ello, es necesario *“especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse”*. La Corte Constitucional puede ordenar distintos tipos de medidas de reparación tales como: restitución, compensación, satisfacción, rehabilitación y no repetición.
138. El artículo 18 de la LOGJCC desarrolla el derecho a la reparación integral y establece que *“procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación”*. Asimismo, dispone que para determinar la reparación integral, la *“persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas”*.
139. En el presente caso, esta Corte verifica que Aaron Awak y Smith Emmanuel Mbah habrían sido trasladados fuera del país, y que en el caso de Joseline Abo Fon, Stephen Yondo Lyonga, Miranda Angun Teke, Mbachick Emmanuel Tekoh, la accionante ha perdido contacto con ellos y solo cuenta con la información remitida por la DPI en la que se establece que fueron reconocidas como personas refugiadas en el mes de abril



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 1214-18-EP/22

Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

de 2019<sup>113</sup>. En este sentido, la Corte Constitucional considera que por la situación particular no es posible determinar medidas de reparación que tengan como efecto reparar directamente los daños sufridos por las víctimas. Esto sin perjuicio de que la presente sentencia constituya en sí misma una forma de reparación.

140. Por las razones expuestas, este Organismo considera necesario solo ordenar medidas de no repetición con el fin de que las vulneraciones de derechos no vuelvan a ocurrir como: adecuación normativa, adecuación de los espacios físicos de las salas de inadmitidos en los aeropuertos internacionales y capacitaciones; así como, medidas de satisfacción como la difusión y publicación de la presente sentencia.

#### 7.1. Adecuación normativa

141. Previo a determinar el alcance de esta medida, es importante considerar que en la sentencia No. 335-13-JP/20, relacionada también con una retención de una persona de nacionalidad cubana en la zona de tránsito del aeropuerto internacional de Guayaquil, la Corte Constitucional desarrolló una serie de garantías mínimas que debían respetarse en los procesos de inadmisión o retenciones en zonas de tránsito o internacionales de los aeropuertos, y ya dispuso que el Ministerio de Gobierno, en el marco de sus competencias, adecúe la normativa vigente a los criterios y estándares establecidos en la sentencia. Sin embargo, en la audiencia celebrada en la presente causa, el representante del Ministerio de Gobierno señaló que se *“está trabajando precisamente en reglamentar aquello, es decir en establecer un procedimiento administrativo (...) en el cual se le permita a la persona a la cual se le han inadmitido del ingreso en el territorio nacional, una suerte de derecho a la defensa para que el justifique administrativamente si cumple o no con los requisitos. Actualmente, el procedimiento continúa siendo el mismo...”*<sup>114</sup>, y que hasta la fecha no cuentan con un instructivo interno o normativa conforme lo dispuesto en la sentencia No. 335-13-JP/20.
142. Por otra parte, la accionante, en su calidad de defensora pública, señaló que la LOMH reconoce causales de inadmisión en las que se debería notificar a la Defensoría Pública pero Migración no lo hace y proceden a devolver a las personas sin un procedimiento administrativo. Asimismo, agregó que, *“aunque existe un pronunciamiento de la Corte Constitucional, tampoco hemos visto ningún cambio y de hecho la Defensoría Pública este año tuvo un nuevo episodio, un nuevo suceso de retención de inadmisión de una persona (...) en Guayaquil”*<sup>115</sup>.
143. Toda vez que el propio Ministerio de Gobierno ha afirmado que no cuenta con protocolos o normativa interna en relación con las inadmisiones a territorio nacional,

<sup>113</sup> Expediente constitucional, escrito presentado el 1 de diciembre de 2021 por la accionante.

<sup>114</sup> Audiencia pública, causa No. 1214-18-EP, intervención del abogado Patricio Gallo, en representación del Ministerio de Gobierno.

<sup>115</sup> Audiencia pública, causa No. 1214-18-EP, intervención de la abogada Nina Guerrero, en representación de los accionantes.

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 1214-18-EP/22****Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

y que no han cumplido con lo dispuesto en la sentencia No. 335-13-JP/20, esta Corte ordena que dicha cartera de Estado emita un instructivo jurídico que regule la inadmisión y estancia de las personas inadmitidas en la sala de inadmitidos de los aeropuertos internacionales, en el que se reconozca y garantice sus derechos a la libertad personal, integridad personal (cuidado, alimentación, salud) así como a solicitar asilo y no devolución.

- 144.** Con el fin de que el Ministerio de Gobierno pueda emitir un acto normativo conforme a la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, este deberá ser realizado en conjunto con la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública, así como organizaciones de sociedad civil que trabajan temas de movilidad humana. Sin perjuicio de que se pueda contar también con el apoyo del ACNUR. El instructivo deberá aprobarse mediante acuerdo ministerial y mientras no se lo haga, el Ministerio de Gobierno deberá aplicar lo dispuesto en esta decisión, en particular, lo señalado en los párrafos 105, 106, 118 y 132-134 *ut supra*, y en la sentencia No. 335-13-JP/20 en lo relativo a las inadmisiones y estancia de las personas en la sala de inadmitidos o inadmisión en los aeropuertos internacionales.
- 145.** Sin perjuicio de que el Ministerio de Gobierno adecúe su normativa y dé cumplimiento a la medida referida, la Corte Constitucional observa que en la sentencia No. 335-13-JP/20 también se dispuso a la Asamblea Nacional adecuar la Ley Orgánica de Movilidad Humana. Sin embargo, hasta la presente fecha no se verifica que se haya presentado un proyecto de ley para dar cumplimiento con la medida. En esta línea, este Organismo dispone que la Defensoría del Pueblo, con el apoyo de organizaciones de sociedad civil que trabajan en temas de movilidad humana, la Defensoría Pública y otros organismos técnicos, prepare y presente un proyecto de ley reformativa a la LOMH para que esta se adecúe a lo dispuesto en la sentencia No. 335-13-JP/20, a la presente decisión, así como a la jurisprudencia emitida por esta Corte en materia de movilidad humana, la Constitución y los estándares internacionales de derechos humanos en la materia.

**7.2. Adecuación de espacios físicos**

- 146.** En segundo lugar, esta Corte considera que una de las razones por las cuales las vulneraciones de derechos como las del presente caso podrían repetirse, responde a la falta de un espacio adecuado en los aeropuertos internacionales para aquellas personas que son inadmitidas a territorio nacional y que se encuentran a la espera de su traslado, como es el caso de la sala de inadmitidos del Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre.
- 147.** Al respecto, en la audiencia pública celebrada en la presente causa, el representante del Ministerio de Gobierno manifestó que *“la instalación que se llama la sala de inadmisión es la (...) que otorga el aeropuerto, (...) no es de cuenta del Estado, sino*



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 1214-18-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

*son las instalaciones que les otorga el aeropuerto a la Subsecretaría de Migración para que realice su trabajo”<sup>116</sup>.*

- 148.** Esta Corte reconoce que los servicios aeroportuarios en el país se encuentran concesionados a distintas empresas, como es el caso de la Corporación Quiport S.A., en el Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre. Ahora bien, conforme lo expuesto en esta sentencia, en la medida que las zonas de tránsito o internacionales de los aeropuertos no excluyen las obligaciones de respeto y garantía de los derechos de las personas, es obligación del Ministerio de Gobierno, como entidad a cargo del control migratorio, vigilar y supervisar que se respeten y garanticen los derechos de las personas rechazadas o en situación de expulsión, devolución o salida, y por tanto en situación de retención o detención en dichas zonas.
- 149.** En consecuencia, la Corte dispone, en primer lugar, que el Ministerio de Gobierno junto con la Defensoría del Pueblo, verifiquen las condiciones de las salas de inadmitidos o de inadmisión en los aeropuertos internacionales del país, e identifiquen las medidas que se deberían adoptar para adecuar dichos espacios conforme lo señalado en la presente sentencia. Una vez realizada la verificación, ambas instituciones deberán emitir un informe que incluya, al menos: i) las debilidades identificadas; ii) los aspectos a mejorar; iii) conclusiones; y iv) recomendaciones.
- 150.** En segundo lugar, este Organismo ordena que dicho informe sea puesto en conocimiento de las empresas concesionarias de los servicios aeroportuarios del país así como los gobiernos autónomos descentralizados correspondientes, y que el Ministerio de Gobierno coordine tanto con las empresas concesionarias de los servicios aeroportuarios como los gobiernos autónomos descentralizados correspondientes, para que en un plazo razonable se proceda a adecuar los espacios físicos de los aeropuertos internacionales del país a los que son llevadas las personas a quienes se inadmite el ingreso a territorio nacional.

### **7.3. Capacitación**

- 151.** Por otra parte, la Corte Constitucional considera que para evitar que hechos similares vuelvan a suceder es necesario que se lleve a cabo capacitaciones permanentes y continuas dirigidas al personal de la Subsecretaría de Migración, en particular, a quienes son parte de la Dirección de Control Migratorio así como de las Unidades de Control Migratorio del país. En este sentido, este Organismo dispone que la Subsecretaría de Migración, en coordinación con la DPE y la Defensoría Pública, y de ser el caso con el apoyo del ACNUR, elabore un plan de capacitaciones dirigidas a las y los funcionarios de la Dirección de Control Migratorio y de las Unidades de Control Migratorio sobre derechos de las personas en movilidad humana con énfasis en el contenido de la presente decisión y la sentencia No. 335-13-JP/20. Dichas capacitaciones deberán ejecutarse durante el presente año.

<sup>116</sup> Audiencia pública, causa No. 1214-18-EP, intervención del abogado Patricio Gallo, en representación del Ministerio de Gobierno.

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 1214-18-EP/22****Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

152. Asimismo, con el fin de garantizar la tutela de los derechos de las personas en situación de movilidad humana, este Organismo estima pertinente que la presente sentencia, así como las demás emitidas por esta Corte en movilidad humana<sup>117</sup>, se incluya dentro de un programa específico de formación enfocado en derechos de las personas en situación de movilidad humana y garantías jurisdiccionales, de la Escuela de la Función Judicial y la Escuela Defensorial, y que se realicen capacitaciones tanto a juezas y jueces con competencia en garantías jurisdiccionales así como a defensores y defensoras públicas.

**7.4. Publicación y difusión de la sentencia**

153. Por último, como medidas de satisfacción, este Organismo estima pertinente que el Ministerio de Gobierno, la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública y el Consejo de la Judicatura efectúen una amplia y generalizada difusión de la presente sentencia y la publiquen en sus sitios web institucionales.

**8. Decisión**

154. En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. **Aceptar** la acción extraordinaria de protección **No. 1214-18-EP**, y **declarar** la vulneración de los derechos al debido proceso en la garantía de motivación y a la seguridad jurídica en las decisiones judiciales impugnadas.
2. **Dejar sin efecto** las sentencias dictadas el 9 de marzo de 2018 por el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia de Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito, y el 13 de abril del 2018 por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro de la acción de hábeas corpus No. 17240-2018-00006.
3. **Aceptar** la acción de hábeas corpus presentada por Nina Guerrero en representación de Aaron Awak, Stephen Yondo Lyonga, Joseline Abo Fon, Miranda Angun Teke, Mbachick Emmanuel Tekoh y Smith Emmanuel Mbah, y declarar la vulneración de los derechos a la libertad personal, integridad personal, prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, y no devolución por parte del actual Ministerio de Gobierno.
4. **Ordenar** como medidas de reparación:

**4.1. Adecuación normativa**

<sup>117</sup> Ver, Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No. 159-11-JH/19; No. 897-11-JP/20; No. 335-13-JP/20; No. 639-19-JP/20; No. 388-16-EP/21; No. 2533-16-EP/21; No. 983-18-JP/21; No. 2120-19-JP/21; No. 2185-19-JP/21.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 1214-18-EP/22

Jueza ponente: Daniela Salazar Marín

- i. Que el Ministerio de Gobierno, con el apoyo de la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública, en el plazo de seis meses contados desde la notificación de la presente sentencia, prepare y apruebe un instructivo jurídico mediante acuerdo ministerial con el fin de proteger y precautelar los derechos de las personas inadmitidas a territorio nacional en las zonas de tránsito o internacionales en los aeropuertos, conforme lo dispuesto en los párrafos 144 *ut supra*. El Ministerio de Gobierno deberá presentar un informe de avance en el plazo de tres meses de notificada la sentencia y el instructivo aprobado en el plazo de seis meses.
- ii. Que la Defensoría del Pueblo, con el apoyo de organizaciones de sociedad civil que trabajan temas de movilidad humana, la Defensoría Pública y otros organismos técnicos, en el plazo de 6 meses de notificada la presente sentencia, elabore y presente un proyecto de ley reformativa a la Ley Orgánica de Movilidad Humana conforme lo dispuesto en el párrafo 145 *ut supra*. Una vez presentado el proyecto de ley, la Asamblea Nacional deberá tramitarlo y aprobarlo en el plazo máximo de 18 meses. La Defensoría del Pueblo deberá informar de forma trimestral sobre el cumplimiento de la presente medida.

#### 4.2. Adecuación de espacios físicos

- iii. Que el Ministerio de Gobierno junto a la Defensoría del Pueblo, en el plazo de tres meses de notificada la sentencia, elaboren un informe sobre las condiciones actuales de las salas de inadmitidos o de inadmisión en los aeropuertos internacionales del país, e identifiquen las adecuaciones que deberían realizarse a dichos espacios físicos para que estos sean compatibles con los derechos a la libertad e integridad personal de las personas en las zonas de tránsito o internacionales, conforme lo dispuesto en el párrafo 149 *ut supra*. Las referidas instituciones deberán informar a esta Corte de forma documentada el cumplimiento de esta medida dentro del plazo señalado.
- iv. Que el Ministerio de Gobierno, una vez emitido el informe referido en el párrafo anterior, ponga en conocimiento dicho informe a las empresas concesionarias de los servicios aeroportuarios en el país así como a los gobiernos autónomos descentralizados correspondientes, y coordine con ambos las acciones para adecuar los espacios físicos en los que se encuentran las personas inadmitidas a territorio nacional en las zonas de tránsito o internacionales en los aeropuertos internacionales del país conforme lo dispuesto en el párrafo 150 *ut supra*. El Ministerio de Gobierno deberá informar sobre el cumplimiento de la presente medida en el plazo máximo de seis meses contados desde la presentación del informe.

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 1214-18-EP/22****Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

#### 4.3. Capacitaciones

- v. Que el Ministerio de Gobierno a través de la Subsecretaría de Migración, en coordinación con la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública y de ser el caso con el apoyo de ACNUR, en el plazo de tres meses contados desde la notificación de la presente sentencia, elabore un plan de capacitaciones dirigidas a todas las y los funcionarios de la Dirección de Control Migratorio y de las Unidades de Control Migratorio del país, conforme lo dispuesto en el párrafo 151 *ut supra*. Las capacitaciones deberán ejecutarse durante el presente año y el Ministerio de Gobierno deberá informar de forma trimestral sobre el cumplimiento de la medida.
- vi. Que el Consejo de la Judicatura y la Defensoría Pública, en el plazo de tres meses contados desde la notificación de la presente sentencia, incluyan la presente sentencia así como las demás emitidas por esta Corte en movilidad humana, dentro de un programa específico de formación sobre los derechos de las personas en situación de movilidad humana y las garantías jurisdiccionales, de la Escuela de la Función Judicial y la Escuela Defensorial. Ambas instituciones, en el mismo término, deberán elaborar un plan de capacitaciones tanto a juezas y jueces con competencia en garantías jurisdiccionales como a defensores y defensoras públicas a nivel nacional, y ejecutar dichas capacitaciones durante el presente año. Ambas instituciones deberán informar de forma trimestral sobre el cumplimiento de esta medida.

#### 4.4. Publicación y difusión de sentencia

- vii. Que el Ministerio de Gobierno, la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública y el Consejo de la Judicatura efectúen una amplia y generalizada difusión del contenido de la presente sentencia a todas las y los funcionarios que presten sus servicios en los puertos y aeropuertos de ingreso y salida del país; al personal encargado del patrocinio de causas; a las y los defensores públicos; y a las juezas y jueces con competencia en garantías jurisdiccionales, respectivamente. Esta difusión deberá realizarse en el plazo máximo de 15 días contados a partir de la notificación de la presente sentencia y en el mismo plazo deberán informar a esta Corte de forma documentada sobre su cumplimiento.
- viii. Que el Ministerio de Gobierno, la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública y el Consejo de la Judicatura publiquen el contenido de la presente decisión en sus sitios web institucionales durante tres meses consecutivos contados desde su notificación. Las referidas instituciones deberán informar a esta Corte de forma documentada el cumplimiento de esta medida dentro del plazo señalado.
- ix. La presente sentencia constituye por sí sola una forma de reparación.

46



**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 1214-18-EP

Jurisprudencia



**Sentencia No. 1214-18-EP/22**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

155. Notifíquese y cúmplase.

LUIS HERNAN BOLIVAR SALGADO PESANTES  
 Firmado digitalmente por LUIS HERNAN BOLIVAR SALGADO PESANTES  
 Fecha: 2022.02.02 18:39:09 -05'00'  
 Dr. Hernán Salgado Pesantes  
**PRESIDENTE**

**Razón:** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con ocho votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; y, un voto en contra del Juez Constitucional Enrique Herrería Bonnet; en sesión ordinaria de jueves 27 de enero de 2022.- Lo certifico.

AIDA SOLEDAD GARCIA BERNI  
 Firmado digitalmente por AIDA SOLEDAD GARCIA BERNI  
 Dra. Aída García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**



**ECUADOR**  
CASO 2185-JP  
Fallos Remitidos

## FALLO REMITIDO

<b>País</b>	Ecuador
<b>Tribunal</b>	Corte Constitucional del Ecuador
<b>Materia</b>	Familia, Mujer, Niñez y adolescencia
<b>Intervino la defensa pública oficial</b>	N/A
<b>Datos del defensor/a público</b>	N/A
<b>Derechos involucrados</b>	Derechos de las niñas y niños a la identidad, personalidad jurídica, inscripción y registro del nacimiento, nacionalidad. Derechos de las adolescentes migrantes a la igualdad y no discriminación, protección de la familia, y a ser escuchadas y a que su opinión sea seriamente considerada.
<b>Breve relación de los hechos</b>	<p>El 18 de diciembre de 2019, la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Latacunga remitió la sentencia emitida el 11 de diciembre de 2019 dentro de la acción de protección No. 05202-2019-01771 presentada por la Defensoría del Pueblo (en adelante, "DPE") a favor de la adolescente S.N.G.A.1, de nacionalidad venezolana y su hijo neonato A.G.A., en contra del Registro Civil, Identificación y Cedulación.</p> <p>El 16 de enero de 2020, la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Latacunga remitió la sentencia emitida el 29 de noviembre de 2019 dentro de la acción de protección No. 05283-2019-05924 presentada por la DPE a favor de la adolescente A.J.P.L., de nacionalidad venezolana y su hijo neonato NN.P.L.2, en contra del Registro Civil. La causa fue asignada con el No. 151-20-JP (2).</p> <p>El 9 de julio de 2020, la Sala de Selección conformada por la jueza Carmen Corral Ponce y los jueces constitucionales Agustín Grijalva Jiménez y Hernán Salgado Pesantes, resolvió seleccionar y acumular las causas No. 2185-19-JP y 151-20-JP.</p> <p>El 21 de abril de 2021, la jueza sustanciadora Daniela Salazar Marín avocó conocimiento de las causas No. 2185-19-JP y 151-20-JP, y convocó a audiencia pública para el 20 de mayo de 2021.</p> <p>El 18 de mayo de 2021, la Sala de selección conformada por las juezas y juez constitucionales Karla Andrade Quevedo, Daniela Salazar Marín y Enrique Herrería Bonnet, resolvió seleccionar la causa No. 1869-20-JP y acumularla a las causas No. 2185-19-JP y 151-20-JP.</p> <p>El 10 de junio de 2021 se llevó a cabo la audiencia pública dentro de la causa 2185-19-JP y acumulados.</p>



**ECUADOR**  
CASO 2185-JP  
Fallos Remitidos

El 25 de octubre de 2021, la jueza sustanciadora avocó conocimiento de las causas 10-21-JP, 731-21-JP y 2149-21-JP4.

En sesión de 12 de noviembre de 2021, la Segunda Sala de Revisión, conformada por las juezas y juez constitucionales Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Ramiro Ávila Santamaría, aprobó el proyecto de sentencia presentado por la jueza sustanciadora, en el marco de la atribución prevista en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución.

**Fundamentos de derecho**

**Constitución de la República del Ecuador:**

Art. 6. La nacionalidad se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por otra nacionalidad.

Art. 35. Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria.

Art. 66. 28. Derecho a la identidad.

Art. 82. Derecho a la seguridad jurídica.

Art. 11. 2. Principio de igualdad y no discriminación en razón de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género.

Art. 44. Derecho de los niños y adolescentes.

Art. 66. 5. Derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Art. 45. Derecho a una familia.

**Contexto social y económico del caso**

Las partes afectadas son extranjeros (Venezuela), que se encuentran radicando en el Ecuador, cuya condición es de migrantes.

**Instancia procesal en la que se emite la sentencia**

Corte Constitucional del Ecuador

**Instrumento y/o criterio internacional invocado**

Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 36.

CIDH, Resolución No. 2/18 Migración Forzada de Personas Venezolanas, 2018; ACNUDH, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela, párrs. 76-77.

ACNUR, Nota de orientación sobre consideraciones de protección



**ECUADOR**  
CASO 2185-JP  
Fallos Remitidos

internacional para los venezolanos, 2019.

OEA, Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad, Departamento de Inclusión Social. Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y con enfoque de derechos humanos ante el COVID-19 en las Américas, 2020.

Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 180.

CIDH, Resolución No. 2/18 Migración Forzada de Personas Venezolanas, 2018.

UNICEF, Respuesta de UNICEF Ecuador a la crisis de movilidad humana venezolana, 2020, p. 5.

**Medidas de reparación integral adoptadas**

Registro Civil, en el plazo de 3 meses de notificada la sentencia y con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo: coordine acciones con la Presidencia de la República para adecuar el artículo 24 del Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles; y adecúe su normativa interna relacionada con la inscripción de nacimiento de niñas y niños cuyos progenitores son personas menores de edad.

El Registro Civil, la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública y el Consejo de la Judicatura efectuaron una amplia y generalizada difusión del contenido de la presente sentencia mediante oficio dirigido a todas las y los funcionarios encargados de la inscripción del nacimiento de niñas y niños.

El Registro Civil, la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública y el Consejo de la Judicatura publicarán el contenido de la presente decisión en sus sitios web institucionales durante tres meses consecutivos.

**Votación por la que fue adoptada**

**Mayoritario: votos de los jueces:**

Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez y Daniela Salazar Marín

**Votos concurrentes o disidentes:**

**Votos concurrentes:**

**Ausente:**

Hernán Salgado Pesantes

**Otros datos de interés**

[http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/05b5668e-6566-41ac-bd1c-f0f42d0b89a1/sentencia\\_2185-19-jp.pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/05b5668e-6566-41ac-bd1c-f0f42d0b89a1/sentencia_2185-19-jp.pdf?guest=true)



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21**  
**(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de**  
**adolescentes migrantes)**  
**Jueza ponente: Daniela Salazar Marín**

Quito, D.M., 01 de diciembre de 2021

**CASO No. 2185-19-JP y acumulados**

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, EN**  
**EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES,**  
**EXPIDE LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA No. 2185-19-JP y acumulados/21**

*Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de adolescentes migrantes*

**Tema:** En esta sentencia, la Corte Constitucional analiza seis casos seleccionados y acumulados de niñas y niños, hijas e hijos de madres adolescentes migrantes venezolanas, a quienes el Registro Civil se negó a inscribir su nacimiento por no estar acompañadas las madres adolescentes de un representante legal que autorice la inscripción. La Corte Constitucional desarrolla el contenido y alcance de los derechos de las niñas y niños a la identidad, personalidad jurídica, inscripción y registro del nacimiento, nacionalidad, así como los derechos de las adolescentes migrantes a la igualdad y no discriminación, protección de la familia, y a ser escuchadas y a que su opinión sea seriamente considerada, y ordena, en lo principal, que el Registro Civil coordine con la Presidencia de la República la adecuación normativa para garantizar la inscripción del nacimiento considerando el contexto migratorio del país y las circunstancias individuales de las adolescentes migrantes.

**Contenido**

<b>1. Procedimiento ante la Corte Constitucional.....</b>	<b>2</b>
<b>2. Competencia .....</b>	<b>5</b>
<b>3. Hechos de los casos seleccionados.....</b>	<b>5</b>
3.1. Caso No. 2185-19-JP: Adolescente S.N.G.A. y su hijo A.G.A. ....	5
3.2. Caso No. 151-20-JP: Adolescente A.J.P.L. y su hijo NN.P.L. ....	6
3.3. Caso No. 1869-20-JP: Adolescente D.A.R.S. y su hija V.V.R.S., y adolescente Y.T.Q.V. y su hijo J.E.T.Q. ....	7
3.4. Caso No. 10-21-JP: Adolescente M.L.M.D y su hija C.I.M.M y adolescente S.V.P.M y su hija Y.S.H.P.....	8
3.5. Caso 731-21-JP: Adolescentes D.J.O.V. y C.D.M.H, y su hijo D.J.O.M. ....	9
3.6. Caso No. 2149-21-JP: Adolescentes E.Y.C.C y B.L.R.P, y su hijo T.A.R.C. ....	10
<b>4. Análisis constitucional .....</b>	<b>12</b>
<b>4.1. Contexto y consideraciones preliminares .....</b>	<b>12</b>
4.1.1. La migración forzada de personas venezolanas .....	12
4.1.2. La protección de los derechos de las adolescentes migrantes venezolanas solas ..	15
4.1.3. La negativa de inscripción de nacimiento de las hijas e hijos de adolescentes migrantes venezolanas.....	18

**ECUADOR****SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS****Jurisprudencia**

**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21**  
**(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de**  
**adolescentes migrantes)**  
**Jueza ponente: Daniela Salazar Marín**

<b>4.2. Los derechos vulnerados ante la negativa de inscripción del nacimiento de hijas e hijos de adolescentes migrantes .....</b>	<b>23</b>
4.2.1. El derecho a la identidad, la personalidad jurídica y la inscripción y registro del nacimiento .....	24
4.2.2. El derecho a la nacionalidad, el riesgo de apatridia y el interés superior de las niñas, niños y adolescentes.....	33
4.2.3. El derecho a la igualdad y no discriminación de las madres adolescentes migrantes	41
4.2.4. El derecho a la protección a la familia y el derecho de las adolescentes migrantes a ser escuchadas y a que su opinión sea seriamente considerada.....	45
<b>5. Reparaciones.....</b>	<b>50</b>
<b>6. Conclusiones .....</b>	<b>52</b>
<b>7. Decisión .....</b>	<b>54</b>

### 1. Procedimiento ante la Corte Constitucional

1. El 18 de diciembre de 2019, la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Latacunga remitió la sentencia emitida el 11 de diciembre de 2019 dentro de la acción de protección No. 05202-2019-01771 presentada por la Defensoría del Pueblo (en adelante, “DPE”) a favor de la adolescente S.N.G.A.<sup>1</sup>, de nacionalidad venezolana y su hijo neonato A.G.A., en contra del Registro Civil, Identificación y Cedulación (en adelante, “Registro Civil”). La causa fue signada con el No. **2185-19-JP (1)**.
2. El 16 de enero de 2020, la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Latacunga remitió la sentencia emitida el 29 de noviembre de 2019 dentro de la acción de protección No. 05283-2019-05924 presentada por la DPE a favor de la adolescente A.J.P.L., de nacionalidad venezolana y su hijo neonato NN.P.L.<sup>2</sup>, en contra del Registro Civil. La causa fue signada con el No. **151-20-JP (2)**.
3. El 9 de julio de 2020, la Sala de Selección conformada por la jueza Carmen Corral Ponce y los jueces constitucionales Agustín Grijalva Jiménez y Hernán Salgado Pesantes, resolvió seleccionar y acumular las causas No. 2185-19-JP y 151-20-JP.
4. El 19 de agosto de 2020 se realizó el sorteo para la sustanciación de las causas acumuladas, que correspondió a la jueza constitucional Daniela Salazar Marín.
5. El 5 de octubre de 2020, la Unidad Judicial contra la Violencia a la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar de Tulcán remitió la sentencia emitida el 3 de septiembre de 2020 dentro de la acción de protección No. 04571-2020-00261 presentada por la DPE a favor de las adolescentes Y.T.Q.V., y D.A.R.S., de nacionalidad venezolana, y sus hijos recién

<sup>1</sup> Con el fin de mantener en reserva el nombre de las adolescentes y de sus hijas e hijos, esta Corte se referirá a ellas y ellos con las siglas de sus nombres y apellidos.

<sup>2</sup> Del expediente constitucional y de instancia no se ha podido verificar el nombre del niño, por lo que se utilizarán las siglas “NN”.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21**  
**(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de**  
**adolescentes migrantes)**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

nacidos V.V.R.S. y J.E.T.Q., en contra del Registro Civil. La causa fue signada con el No. **1869-20-JP (3)**.

6. El 5 de enero de 2021, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Tulcán, provincia del Carchi remitió la sentencia emitida el 27 de noviembre de 2020 dentro de la acción de protección No. 04243-2020-00022 presentada por la DPE a favor de las adolescentes M.L.M.D. y S.V.P.M., de nacionalidad venezolana, y sus hijos recién nacidos C.I.M.M. y Y.S.H.P., en contra del Registro Civil. La causa fue signada con el No. **10-21-JP (4)**.
7. El 1 de abril de 2021, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha remitió la sentencia emitida el 23 de noviembre de 2020 dentro de la acción de protección No. 17230-2020-11871 presentada por la Defensoría Pública (en adelante, "DP") a favor de los adolescentes D.J.O.V. y C.D.M.H, y su hijo recién nacido D.J.O.M., en contra del Registro Civil. La causa fue signada con el No. **731-21-JP (5)**.
8. El 21 de abril de 2021, la jueza sustanciadora Daniela Salazar Marín avocó conocimiento de las causas No. 2185-19-JP y 151-20-JP, y convocó a audiencia pública para el 20 de mayo de 2021.
9. El 18 de mayo de 2021, la Sala de Selección conformada por las juezas y juez constitucionales Karla Andrade Quevedo, Daniela Salazar Marín y Enrique Herrería Bonnet, resolvió seleccionar la causa No. 1869-20-JP y acumularla a las causas No. 2185-19-JP y 151-20-JP.
10. El 19 de mayo de 2021, la jueza sustanciadora avocó conocimiento de la causa No. 1869-20-JP y dispuso diferir la audiencia convocada para el 10 de junio de 2021.
11. El 10 de junio de 2021 se llevó a cabo la audiencia pública dentro de la causa 2185-19-JP y acumulados<sup>3</sup>.
12. Mediante providencia de 18 de junio de 2021, la jueza sustanciadora remitió a la Sala de Selección los escritos presentados por el Registro Civil y la DPE, a través de los

<sup>3</sup> A la audiencia pública comparecieron: María Cristina Espín, William Delgado y Harold Burbano en representación de la Defensoría del Pueblo; María José Laura Carvajal en representación de la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación; Ricardo Viera en calidad de juez de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescentes del cantón Latacunga; Marcelo Palomo en calidad de juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Latacunga; Miriam Lucero en calidad de jueza de la Unidad Judicial contra Violencia a la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar del cantón Tulcán (judicaturas de instancia); Karola Samaniego Tello en representación de la Procuraduría General del Estado; y, en calidad de *amicus curiae*, Christian Alexander Paula como director del Instituto de Investigación en Igualdad, Género y Derechos de la Universidad Central del Ecuador; Nina Guerrero, por sus propios y personales derechos; Cristina Morales y Diego Orellana, por sus propios y personales derechos; y Nicolás Guerrero en representación de la Fundación Haciendo Ecuador.



## ECUADOR

### SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

#### Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21**  
**(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de**  
**adolescentes migrantes)**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

cuales solicitaban la selección y acumulación de las sentencias emitidas en los procesos de garantías jurisdiccionales No. 04243-2020-00022 y No. 01283-2021-16074, y recomendó su selección y acumulación a la causa No. 2185-19-JP y acumulados de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 de la LOGJCC y 28 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

13. El 5 de julio de 2021, la Sala de Selección conformada por la jueza y jueces constitucionales, Carmen Corral Ponce, Ramiro Avila Santamaría y Hernán Salgado Pesantes, resolvió seleccionar las causas No. 10-21-JP y No. 731-21-JP, y acumularlas a la causa No. 2185-19-JP y acumulados.
14. El 17 de agosto de 2021, la Unidad Judicial Penal de Cuenca remitió la sentencia de 3 de mayo de 2021 emitida dentro de la acción de protección No. 01283-2021-16074 presentada por la DP a favor de los adolescentes E.Y.C.C y B.L.R.P., de nacionalidad venezolana, y su hijo de un año T.A.R.C., en contra del Registro Civil. La causa fue signada con el No. **2149-21-JP (6)**.
15. El 17 de septiembre de 2021, la Sala de Selección conformada por la jueza y jueces constitucionales, Teresa Nuques Martínez, Ramiro Avila Santamaría y Enrique Herrería Bonnet, resolvió seleccionar la causa No. 2149-21-JP y acumularla a la causa No. 2185-19-JP y acumulados.
16. El 25 de octubre de 2021, la jueza sustanciadora avocó conocimiento de las causas 10-21-JP, 731-21-JP y 2149-21-JP<sup>4</sup>.
17. En sesión de 12 de noviembre de 2021, la Segunda Sala de Revisión, conformada por las juezas y juez constitucionales Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Ramiro Avila Santamaría, aprobó el proyecto de sentencia presentado por la jueza sustanciadora, en el marco de la atribución prevista en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución.

<sup>4</sup> A la presente causa se presentaron escritos de *amicus curiae* por parte de Carolina Changoluisa, Anny Durán, Laura Herrera, María José Michilena, Cristina Morales, Diego Orellana, Paulina Parra y José Paredes, por sus propios y personales derechos; Mónica Eulalia Banegas Castillo, en calidad de directora ejecutiva de la Fundación Haciendo Ecuador; Carla Patricia Luzuriaga Salinas, Daniela Salomé Moncayo Serrano, y Nicolas Fernando Guerrero Jaramillo, colaboradores de la Plataforma de Acceso a la Justicia y Tutela Judicial Efectiva de la Fundación Haciendo Ecuador; así como Zheyli Camisan, Evelyn Montero Daniela Vaca, Paola Alejandra Yanchaguano Chiluisa, Melissa Raquel Llano Olalla, Anthony Israel Cobos Rivadeneira, Antonella Campoverde, Cristopher Javier Madera Jurado, Karla Johana Silva Jimenez y Diego Andrés Cepeda Hidago, en calidad de integrantes del área de movilidad humana y de niñez y adolescencia de los Consultorios Jurídicos Gratuitos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21**  
**(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de**  
**adolescentes migrantes)**  
**Jueza ponente: Daniela Salazar Marín**

## 2. Competencia

18. En virtud de lo dispuesto en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 2 numeral 3 y 25 de la LOGJCC, el Pleno de la Corte Constitucional es competente para expedir sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante o precedente de carácter *erga omnes*, en los procesos constitucionales seleccionados para su revisión.
19. Los casos seleccionados permiten comprender y evidenciar situaciones recurrentes de violaciones de derechos a adolescentes migrantes venezolanas y sus hijas e hijos recién nacidos en Ecuador, que fueron tutelados por las distintas judicaturas que conocieron las acciones de protección presentadas por la DPE y la DP. En este sentido, la Corte Constitucional procederá a emitir una sentencia con efectos de carácter general y no revisará las decisiones individuales de cada caso seleccionado en la medida en que en todos los procesos se garantizó el derecho a la inscripción del nacimiento de las niñas y niños, y tampoco evidencia una vulneración de derechos constitucionales cuyo daño subsista y requiera ser reparada<sup>5</sup>. Lo anterior, sin perjuicio de las medidas que la Corte pueda disponer para evitar que las vulneraciones de derechos se repitan.

## 3. Hechos de los casos seleccionados

### 3.1. Caso No. 2185-19-JP: Adolescente S.N.G.A. y su hijo A.G.A.

20. La adolescente S.N.G.A., de 17 años y de nacionalidad venezolana, migró sola hacia Ecuador. Su familia se encuentra en Venezuela.
21. El 18 de noviembre de 2019, dio a luz a su hijo A.G.A. en el Hospital General de Latacunga. Aun cuando el Hospital emitió la orden de alta y la tarjeta de identificación de su hijo, no autorizó la salida de la adolescente y de su hijo ante la negativa del Registro Civil de inscribir el nacimiento<sup>6</sup>.
22. El Hospital informó sobre los hechos a la DPE y el 19 de noviembre de 2019, el Hospital, el Registro Civil y la DPE mantuvieron una reunión de trabajo. En dicha reunión, el Registro Civil informó que, de acuerdo con el artículo 24 del Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles<sup>7</sup>, al tratarse de una persona

<sup>5</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 159-11-JH/19 de 26 de noviembre de 2019, párr. 11.

<sup>6</sup> De la información recibida en la audiencia pública celebrada el 10 de junio de 2021, esta Corte identifica que la negativa para autorizar la salida de las madres adolescentes y sus hijos no ocurrió en todos los casos sino en determinados hospitales y casas de salud, cuyos protocolos internos impedían que se autorice la salida del hospital de un niño o niña recién nacido sin un documento de identidad.

<sup>7</sup> Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, artículo 24.- Inscripción de nacimiento por parte de progenitores menores de edad. - A más de los requisitos establecidos en la ley y el presente reglamento, aquel progenitor menor de edad que inscriba o reconozca a un hijo deberá estar acompañado por su representante legal.

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

menor de edad se requiere la autorización de un representante legal, o en su defecto, de un familiar directo en Ecuador, para autorizar la inscripción de nacimiento. Toda vez que la adolescente S.N.G.A. no contaba con un representante legal o un familiar directo en Ecuador, el Registro Civil determinó que no es posible la inscripción de nacimiento de su hijo A.G.A.

23. El 25 de noviembre de 2019, la DPE presentó una acción de protección a favor de la adolescente S.N.G.A. y su hijo recién nacido, por la negativa de inscripción de nacimiento, en contra del Registro Civil<sup>8</sup>. En dicha acción alegó la vulneración del derecho a la atención prioritaria y especializada de S.N.G.A., como adolescente y persona en situación de movilidad humana, y de su hijo A.G.A., así como los derechos a la identidad personal y seguridad jurídica.
24. El 11 de diciembre de 2019, el juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Latacunga aceptó la acción de protección y, en lo principal, declaró vulnerado el derecho de la adolescente y de su hijo al interés superior, así como los derechos a la identidad, personalidad jurídica y salud integral del niño A.G.A. Como medidas de reparación, la judicatura dispuso la inscripción del niño A.G.A.; el alta médica de la adolescente y de su hijo luego de la inscripción; la emancipación judicial de la adolescente; el acompañamiento de la DPE para que reciba asistencia médica y de la DP para recibir asistencia legal para solicitar protección internacional; así como capacitación al Registro Civil con el acompañamiento de la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) sobre niñas y niños migrantes no acompañados<sup>9</sup>.

**3.2. Caso No. 151-20-JP: Adolescente A.J.P.L. y su hijo NN.P.L.**

25. La adolescente A.J.P.L., de 17 años y de nacionalidad venezolana, migró hacia Ecuador con su hermano mayor. Su padre falleció y su madre se encuentra en Venezuela.
26. El 6 de noviembre de 2019, A.J.P.L. dio a luz a su hijo NN.P.L. en el Hospital General de Ambato pero fue trasladada al Hospital General de Latacunga puesto que su hijo recién nacido requería asistencia neonatal. Aun cuando el Hospital emitió la orden de alta y la tarjeta de identificación de su hijo recién nacido, no se autorizó la salida de la adolescente y su hijo del hospital puesto que el Registro Civil negó la inscripción de nacimiento.

<sup>8</sup> El proceso fue signado con el No. 05202-2019-01771.

<sup>9</sup> De acuerdo con el escrito presentado el 25 de junio de 2021 por la DPE y lo señalado por la representante del Registro Civil en la audiencia pública de 10 de junio de 2021, las y los funcionarios del Registro Civil recibieron la capacitación con el acompañamiento de ACNUR sobre derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes no acompañados y separados.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21**  
**(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de**  
**adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

27. El Hospital informó sobre los hechos a la DPE y esta última exhortó al coordinador de la Oficina Técnica de la Dirección General del Registro Civil que proceda con la inscripción del niño recién nacido con los apellidos de su madre.
28. El 19 de noviembre de 2019, el Hospital, la DPE y el Registro Civil mantuvieron una reunión de trabajo. El Registro Civil determinó que no es posible la inscripción de nacimiento de su hijo recién nacido, puesto que si bien la adolescente A.J.P.L. se encuentra acompañada de su hermano mayor, este último no tiene un documento de identidad y tampoco es su representante legal.
29. El 22 de noviembre de 2019, la DPE presentó una acción de protección a favor de la adolescente A.J.P.L. y su hijo NN.P.L. ante la negativa de inscripción de nacimiento, en contra del Registro Civil<sup>10</sup>. En dicha acción se alegó la vulneración del derecho a la protección prioritaria y especializada de A.J.P.L., como adolescente y persona en situación de movilidad humana, y de su hijo recién nacido, así como los derechos a la identidad y seguridad jurídica.
30. El 29 de noviembre de 2019, el juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Latacunga de la provincia de Cotopaxi aceptó la acción de protección y resolvió declarar la vulneración del derecho a la identidad del neonato. Como medidas de reparación integral, la judicatura referida dispuso la inscripción inmediata del niño NN.P.L.; atención médica a la madre y su hijo recién nacido por parte de Ministerio de Salud Pública; pedido de disculpas públicas por parte del Registro Civil; la elaboración de un protocolo por parte del Registro Civil referido a la atención y garantía de derechos de personas en situación de movilidad humana; y capacitación a las y los funcionarios del registro civil en coordinación con la DPE.

**3.3. Caso No. 1869-20-JP: Adolescente D.A.R.S. y su hija V.V.R.S., y adolescente Y.T.Q.V. y su hijo J.E.T.Q**

31. Las adolescentes D.A.R.S. y Y.T.Q.V., de 16 y 17 años respectivamente y de nacionalidad venezolana, migraron solas hacia Ecuador. Su familia se encuentra en Venezuela.
32. El 15 de julio de 2020, D.A.R.S. dio a luz a su hija V.V.R.S., y el 18 de julio de 2020, Y.T.Q.V. dio a luz su hijo J.E.T.Q., en el Hospital General “Luis G. Dávila” de Tulcán. Aun cuando el Hospital emitió la orden de alta y la tarjeta de identificación de ambos neonatos, no pudo autorizar la salida de las adolescentes y sus hijos recién nacidos, toda vez que el Registro Civil negó la inscripción de nacimiento de ambos niños.
33. En el caso de la adolescente D.A.R.S., pudo inscribir el nacimiento de su hija V.V.R.S. con la autorización de su tía que se encontraba en Ecuador. Por otra parte, la adolescente

<sup>10</sup> El proceso fue signado con el No. 05283-2019-05924.



## ECUADOR

### SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

#### Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

Y.T.Q.V., no pudo inscribir a su hijo puesto que no estaba acompañada de un representante legal que autorice dicha inscripción.

34. El 24 de agosto de 2020, la DPE presentó una acción de protección a favor de las adolescentes D.A.R.S. y Y.T.Q.V., en contra del Registro Civil<sup>11</sup>. En dicha acción alegó la vulneración de los derechos a la identidad personal, al principio del interés superior de las niñas y niños, a la igualdad formal, material y no discriminación, y al reconocimiento de la familia en sus diversos tipos.
35. El 3 de septiembre de 2020, la jueza de la Unidad Judicial contra Violencia a la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar de Carchi, aceptó la acción de protección y declaró la vulneración de los derechos a la identidad personal, a la igualdad y no discriminación, a la familia en sus diversos tipos y al principio del interés superior de las y los niños. Como medidas de reparación integral, la jueza referida dispuso la inscripción del niño J.E.T.Q.; publicación de la sentencia a cargo del Registro Civil; como medida de no repetición, que se realice la inscripción con base en los datos constantes en el certificado estadístico de nacido vivo en el caso particular de madres adolescentes migrantes<sup>12</sup>; y capacitación al personal del Registro Civil sobre derechos de niñas, niños y adolescentes en situación de movilidad humana.

**3.4. Caso No. 10-21-JP: Adolescente M.L.M.D y su hija C.I.M.M y adolescente S.V.P.M y su hija Y.S.H.P.**

36. Las adolescentes M.L.M.D y S.V.P.M, de nacionalidad venezolana, tienen 17 y 15 años de respectivamente. Ambas migraron solas hacia Ecuador y su familia se encuentra en Venezuela.
37. En el mes de julio de 2020, las adolescentes ingresaron al Hospital General “Luis G. Dávila” de Tulcán para iniciar su labor de parto. La adolescente M.L.M.D dio a luz a su hija C.I.M.M y la adolescente S.V.P.M. a su hija Y.S.H.P. Posterior al nacimiento de sus hijas, el hospital entregó el certificado de nacido vivo para proceder con la inscripción en el Registro Civil. Sin embargo, el Registro Civil se negó a realizar dicha inscripción al verificar que las adolescentes no se encontraban acompañadas de sus progenitores o de una persona adulta quien estuviera a cargo de su cuidado.

<sup>11</sup> El proceso fue signado con el No. 04571-2020-00261.

<sup>12</sup> Textualmente, la jueza de instancia ordenó, “4. Como medida de no repetición se dispone: a) La Coordinadora de la Oficina Técnica de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador, Delegación Carchi, proceda a informar a la o el Gerente del Hospital Luis G. Dávila, de la obligación que tiene el personal médico encargado de atender los partos, de notificar y solicitar la inscripción, que se realizará con base en los datos constantes en el certificado estadístico del nacido vivo, si no lo hace, será sancionado de conformidad con la ley, especialmente de madres adolescentes en situación de movilidad humana”.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

38. El 13 de octubre de 2020, la DPE presentó una acción de protección a favor de las adolescentes y sus hijas recién nacidas en contra del Registro Civil<sup>13</sup>. En dicha acción, alegó la vulneración de los derechos a la identidad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación, al principio del interés superior, y al reconocimiento de la familia en sus diversos tipos.
39. El 27 de noviembre de 2020, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Tulcán, provincia del Carchi, aceptó la acción de protección y declaró la vulneración de los derechos a la seguridad jurídica y a la identidad personal. Como medidas de reparación integral, la judicatura referida dispuso la inscripción inmediata de las niñas M.L.M.D. y S.V.P.M.; como garantía de no repetición, la inscripción de otras niñas y niños, hijas e hijos de madres adolescentes, sin la exigencia de una persona adulta que actúe como representante legal de las adolescentes; publicación de las sentencias y disculpas públicas a cargo del Registro Civil.

### 3.5. Caso 731-21-JP: Adolescentes D.J.O.V. y C.D.M.H, y su hijo D.J.O.M.

40. El adolescente D.J.O.V., de nacionalidad venezolana y 16 años ingresó con sus padres a Ecuador en marzo de 2019. Su pareja, la adolescente C.D.M.H de 15 años, también de nacionalidad venezolana, ingresó sola al país en mayo del mismo año. Ambos migraron al país por *“las difíciles condiciones por la crisis humanitaria que vive su país Venezuela, lo cual puso en riesgo sus derechos más básicos como alimentación, educación, seguridad, libertad y vida digna”*<sup>14</sup>. En el mes de mayo de 2020 nació su hijo D.J.O.M en el Hospital Gineco-Obstétrico “Isidro Ayora” en la ciudad de Quito.
41. En septiembre de 2020, ambos adolescentes recibieron el apoyo humanitario de la Fundación Asociación, Solidaridad y Acción (ASA) cuyo personal identificó que no se había realizado la inscripción de nacimiento del niño D.J.O.M ante la negativa del Registro Civil por la ausencia de algún representante legal de la madre adolescente. La Fundación ASA refirió el caso a la Junta Metropolitana de Protección de Derechos a fin de que se emitan las medidas de protección correspondientes.
42. El 14 de septiembre de 2020, la Junta Metropolitana de Protección de Derechos de Quito ordenó al Registro Civil que proceda a la inscripción del niño D.J.O.M. El 19 de octubre de 2020, con el acompañamiento de la DP, los adolescentes se acercaron con su hijo a la agencia del Registro Civil en San Blas, para solicitar su inscripción. Sin embargo, el jefe de la agencia del Registro Civil les indicó que no procede la inscripción debido a que el oficio emitido por la Junta Metropolitana no era original y no tenía firma electrónica<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> El proceso fue signado con el No. 04243-2020-00022.

<sup>14</sup> Expediente constitucional No. 731-21-JP, fs. 1.

<sup>15</sup> De la revisión del expediente de instancia consta que la respuesta del Registro Civil fue realizada de forma verbal.

**ECUADOR****SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS****Jurisprudencia**

**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

43. La Junta Metropolitana de Protección de Derechos, por segunda ocasión, ordenó la inscripción del niño D.J.O.M. El 23 de octubre de 2020, los adolescentes, con el acompañamiento de la DP, se acercaron nuevamente con su hijo al Registro Civil, y este se negó a inscribirlo alegando que se requería los oficios originales emitidos por la Junta Metropolitana de Protección de Derechos.
44. El 5 de noviembre de 2020, Nina Alexandra Guerrero Cacuango, en su calidad de defensora pública, presentó una acción de protección a favor de los adolescentes D.J.O.V. y C.D.M.H, y su hijo recién nacido D.J.O.M<sup>16</sup>. En dicha acción alegó la vulneración a los derechos a la nacionalidad, el nombre e identidad, al principio del interés superior del niño, y a la protección familiar.
45. El 12 de noviembre de 2020, en la audiencia pública convocada por de la jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia de Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, para resolver la acción de protección, el Registro Civil manifestó que se solicitó la documentación original con el fin dar cumplimiento a lo que dispone la normativa interna, sin embargo, manifestó su intención de realizar la inscripción del niño D.J.O.M. Ante lo cual, la jueza de la Unidad Judicial Civil suspendió la audiencia y dispuso que las partes se trasladen al Registro Civil para se proceda con la inscripción.
46. El 18 de noviembre de 2020, se reanudó la audiencia convocada, en la cual se presentó el acta de inscripción del niño D.J.O.M., realizada el 12 de noviembre de 2020.
47. En sentencia de 23 de noviembre de 2020, la jueza de la Unidad Judicial Civil aceptó la acción de protección y declaró la vulneración de los derechos a la identidad personal e interés superior del niño de D.J.O.M. Al verificar la inscripción del niño, como medidas de reparación dispuso disculpas públicas a cargo del Registro Civil y como medida de no repetición, que en casos análogos el Registro Civil proceda a verificar la legitimidad de la documentación presentada sin necesidad de exigir documentación original o certificada.
48. En contra de dicha decisión, el Registro Civil interpuso recurso de apelación. El 20 de febrero de 2021, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia subida en grado.

**3.6. Caso No. 2149-21-JP: Adolescentes E.Y.C.C y B.L.R.P, y su hijo T.A.R.C.**

49. La adolescente E.Y.C.C. y su pareja B.L.R.P, ambos de nacionalidad venezolana, y de 17 y 21 años respectivamente, ingresaron a Ecuador en abril de 2019 “*tras afrontar difíciles condiciones por la crisis humanitaria que vive su país Venezuela*”<sup>17</sup>. La

<sup>16</sup> El proceso fue signado con el No. 17230-2020-11871.

<sup>17</sup> Expediente constitucional No. 2149-21-JP, fs. 1.



## ECUADOR

## SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

## Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

adolescente ingresó sola al Ecuador y en estado de gravidez. Su familia se encuentra en Venezuela y en Colombia. Ambos se radicaron en la ciudad de Cuenca y el 5 de diciembre de 2019, nació su hijo T.A.R.C en el Hospital Vicente Corral Moscoso en Cuenca.

50. En el mes de julio de 2020, la pareja tomó contacto con la organización HIAS Ecuador donde se identificó que la pareja no ha podido inscribir a su hijo T.A.R.C., por no contar con un representante legal de la madre adolescente en el país. La organización puso en conocimiento el caso a la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Cuenca (en adelante, “Junta Cantonal”) para que se dicten las medidas de protección respectivas.
51. El 3 de julio de 2020, la Junta Cantonal dispuso a la Asociación “Rafalex” que realice el acompañamiento y seguimiento a la situación de la familia y la inscripción del nacimiento del niño T.A.R.C. El 25 de octubre de 2020, la Asociación emitió un informe en el que confirmó que la negativa de la inscripción del niño es por la falta de representante legal de la madre adolescente en el país o la falta de “*un poder a un tercero para que pueda acompañar a la adolescente*”<sup>18</sup>. La madre de la adolescente E.Y.C.C. se encuentra en Venezuela y su padre en Colombia, y no cuentan con los recursos para cubrir el costo de trámite de poder a un tercero.
52. Desde el mes de noviembre de 2020 hasta diciembre de 2020, tanto la Asociación como la DP solicitaron al Registro Civil la inscripción del niño T.A.R.C., o que explique los mecanismos existentes para realizar el trámite ante estas situaciones de madres adolescentes solas en el país.
53. Ante la falta de respuesta del Registro Civil, el 29 de marzo de 2021, Martha Cumandá Cárdenas Heredia, en calidad de defensora pública, presentó una acción de protección a favor del niño T.A.R.C.<sup>19</sup>. En dicha acción alegó la vulneración a los derechos a la nacionalidad, el nombre e identidad, al principio del interés superior del niño, y a la protección familiar. A la fecha de presentación de la acción, el niño T.A.R.C. tenía 1 año y 3 meses de edad.
54. En sentencia de 3 de mayo de 2021, el juez de la Unidad Judicial Civil de Cuenca aceptó la acción de protección, declaró la vulneración a los derechos a la identidad personal e interés superior del niño, y como medidas de reparación dispuso la inscripción inmediata del niño T.A.R.C., disculpas públicas por parte del Registro Civil y como medida de no repetición que se proceda con la inscripción mediante trámites ágiles de las niñas y niños cuyo núcleo familiar esté compuesto por progenitores adolescentes no acompañados o separados en el contexto de movilidad humana. En contra de esta decisión, el Registro Civil apeló.

<sup>18</sup> Expediente constitucional No. 2149-21-JP, fs. 3.

<sup>19</sup> El proceso fue signado con el No. 01283-2021-16074.

**ECUADOR****SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS****Jurisprudencia**

**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21**  
**(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de**  
**adolescentes migrantes)**  
**Jueza ponente: Daniela Salazar Marín**

55. El 16 de junio de 2021, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia subida en grado.

#### 4. Análisis constitucional

##### 4.1. Contexto y consideraciones preliminares

##### 4.1.1. La migración forzada de personas venezolanas

56. La migración internacional es un fenómeno complejo que involucra dos o más Estados, entre países de origen, de tránsito y de destino, tanto de personas migrantes como de solicitantes de asilo, refugiados<sup>20</sup> y otros sujetos en necesidad de protección internacional<sup>21</sup>. Esta Corte Constitucional ha reconocido que Ecuador históricamente ha sido un país de origen, tránsito, destino y retorno de personas migrantes<sup>22</sup>. Ecuador es además el país que ha reconocido la mayor cantidad de personas refugiadas en América Latina<sup>23</sup>.
57. De ahí que no es casualidad que la Constitución consagre una serie de derechos, obligaciones y principios relativos a las personas migrantes, refugiadas, solicitantes de asilo y otras en situación de movilidad humana<sup>24</sup>. A esto se suma la institucionalidad

<sup>20</sup> Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 36.

<sup>21</sup> La Corte Constitucional, con base en la Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte IDH, ha reconocido distintos tipos de protección internacional: (i) solicitantes de asilo y refugiados con fundamento en convenios internacionales o legislaciones internas; (ii) protección recibida con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (iii) el principio de no devolución, la protección complementaria y otras formas de protección humanitaria; y, (iv) la protección recibida por personas apátridas de conformidad con instrumentos internacionales. Ver, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 897-11-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párr. 53.

<sup>22</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 159-11-JH/19 de 26 de noviembre de 2019, párr. 33; sentencia No. 639-19-JP/20 y acumulados de 21 de octubre de 2020, párr. 24.

<sup>23</sup> Según ACNUR, “Ecuador es el país de América Latina que ha reconocido oficialmente a más personas como refugiadas. Esta cifra supera las 70.000 personas, de las cuales el 97% son colombianas, según datos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana”, Ver: “El 82% de las personas en movilidad humana en Ecuador estaría en riesgo si tuviera que regresar a su país, según un estudio de ACNUR, 2021, <https://www.acnur.org/noticias/press/2021/8/610816354/el-82-de-las-personas-en-movilidad-humana-en-ecuador-estaria-en-riesgo.html>.”

<sup>24</sup> La Constitución reconoce el principio de igualdad entre personas nacionales y extranjeras (artículo 9), el principio de no discriminación con base en el nacimiento, la condición migratoria y el pasado judicial (artículo 11.2), el derecho y principio de no devolución y la prohibición de expulsión colectivas de personas no nacionales (artículo 66.14); como parte de los “derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”, en su capítulo tercero, reconoce el derecho de las personas a migrar y la prohibición de criminalización de la migración (artículo 40), la protección a personas ecuatorianas en el exterior y a sus familiares en el territorio nacional (artículo 40), el derecho a solicitar asilo y refugio, así como el derecho y principio de no devolución (artículo 41), la prohibición de desplazamiento arbitrario (artículo 42); asimismo como parte de los principios de las relaciones internacionales reconoce los principios de



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

que la propia Constitución creó<sup>25</sup> para garantizar el ejercicio de estos derechos específicos y la protección especial de las personas migrantes<sup>26</sup>.

58. En los últimos años, Ecuador se ha convertido en un país de tránsito y destino de personas migrantes venezolanas quienes, en su mayoría, se han visto forzadas a salir de su país y migrar hacia Ecuador y otros países de la región como una estrategia de supervivencia para preservar sus derechos a la vida, integridad, libertad personal, salud, entre otros. En términos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la migración de personas venezolanas se da como consecuencia de las graves violaciones a sus derechos humanos, la crisis alimentaria y sanitaria, la violencia, así como por la persecución por opiniones políticas<sup>27</sup>, los que constituyen motivos de protección internacional<sup>28</sup>.
59. En la sentencia No. 639-19-JP/20 y acumulados, este Organismo reconoció que la salida, traslado y llegada de las personas migrantes venezolanas se da en condiciones precarias e inseguras con limitaciones en el acceso a transporte, alimentación adecuada, agua y saneamiento, así como acceso a servicios de salud, lo cual pone en mayor riesgo su seguridad, vida e integridad<sup>29</sup>.
60. En la actualidad, las condiciones en las cuales las personas venezolanas migran se han visto agravadas además por el COVID-19 y las medidas para restringir la movilidad y combatir la propagación del virus<sup>30</sup>. Por ejemplo, el cierre de fronteras promueve la migración irregular y expone a las personas migrantes a una situación de mayor riesgo y peligro<sup>31</sup>. Asimismo, la falta de acceso a territorio nacional tiene un impacto en el derecho a solicitar asilo y protección internacional, así como el derecho y principio de

ciudadanía universal, la libre movilidad y el progresivo fin de la condición de extranjero (art. 416.6), entre otros principios y derechos constitucionales específicos sobre movilidad humana.

<sup>25</sup> Por ejemplo, en la Constitución se reconoce al Consejo Nacional de Igualdad para Movilidad Humana (artículo 156), las delegaciones en el exterior de la Defensoría del Pueblo, así como la obligación de formular políticas de movilidad humana (artículo 392) y la ciudadanía universal como un principio de las relaciones internacionales (artículo 416.6).

<sup>26</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 639-19-JP/20 y acumulados de 21 de octubre de 2020, párr. 25.

<sup>27</sup> CIDH, Resolución No. 2/18 Migración Forzada de Personas Venezolanas, 2018; ACNUDH, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela, párrs. 76-77.

<sup>28</sup> ACNUR, Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos, 2019.

<sup>29</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 639-19-JP/20 y acumulados de 21 de octubre de 2020, párr. 29. Por otra parte, en la sentencia No. 2120-19-JP/21, la Corte Constitucional identificó las condiciones de vulnerabilidad en las que migran las niñas, niños y adolescentes no acompañados.

<sup>30</sup> Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, [Informe de Observancia Movilidad Humana de niños, niñas y adolescentes de nacionalidad venezolana en Ecuador](#), 2021, p. 15.

<sup>31</sup> Comité de Trabajadores Migratorios de Naciones Unidas y el Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de Naciones Unidas, [Nota de Orientación conjunta sobre el impacto de la pandemia de COVID-19 en los derechos de las personas migrantes](#), 2020.

13



## ECUADOR

### SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

#### Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

no devolución<sup>32</sup>, los cuales no pueden ser suspendidos en ninguna circunstancia por ser considerados garantías para salvaguardar la vida e integridad de las personas<sup>33</sup>.

61. Según cifras de la Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela (Plataforma R4V), hasta el mes de octubre de 2021, aproximadamente 5'914,519 de personas venezolanas han salido de su país. Esta cifra incluye a las personas refugiadas, migrantes y solicitantes de asilo. Del total, 4'868,246 se encuentran en América Latina y el Caribe, siendo Colombia, Perú, Ecuador y Chile, los principales países de destino<sup>34</sup>. De acuerdo con las cifras de la Plataforma R4V así como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Ecuador alberga a más de 400.000 refugiados y migrantes de Venezuela, número que ha ido aumentando cada año<sup>35</sup>.
62. De acuerdo con el reporte del Sistema de Registro Migratorio de Ciudadanos Venezolanos del Ministerio de Gobierno, hasta el 11 de agosto de 2020, se tiene que el 75,4 % de personas venezolanas que ingresaron a Ecuador, pertenece al grupo etario entre 18 a 55 años, el 18,6% corresponde al grupo etario de 0-17 años y el 5% corresponde a personas de más de 56 años de edad. Aproximadamente, el 50,9 % pertenece al sexo femenino y el 49,1 % al sexo masculino<sup>36</sup>.
63. El aumento de movimientos migratorios de personas venezolanas hacia Ecuador, como país de tránsito o destino, exige necesariamente abordar las políticas, leyes y prácticas migratorias desde un enfoque de derechos humanos. La adopción de prácticas, leyes y políticas migratorias que promueven la criminalización de la migración, el cierre, la securitización de las fronteras, la externalización del control migratorio, así como la reducción de los espacios de protección internacional y canales regulares para migrar, tienen un impacto en los derechos de las personas migrantes. De ahí que, si bien esta Corte reconoce la potestad del Estado de establecer medidas y requisitos para regular el ingreso, estancia y expulsión de personas no nacionales, esta potestad tiene como límite el respeto y garantía de los derechos de las personas migrantes<sup>37</sup>. Esto guarda relación directa además con el reconocimiento expreso del derecho a migrar en el artículo 40 de

<sup>32</sup> OEA, Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad, Departamento de Inclusión Social. [Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y con enfoque de derechos humanos ante el COVID-19 en las Américas](#), 2020.

<sup>33</sup> Corte IDH. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 180.

<sup>34</sup> Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, "Refugiados y Migrantes de Venezuela", <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>.

<sup>35</sup> En 2018, Ecuador albergaba a 256.265 personas desplazadas de Venezuela, en 2019 a 374.045 y hasta mediados de 2020 a 365.841. Ver, UNHCR, Refugee Data Finder, <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/download/>. La Plataforma R4V registra hasta agosto 2021 a 482,897 personas venezolanas que permanecen en Ecuador, <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>.

<sup>36</sup> [Plan Integral para la Atención y Protección de la Población Venezolana en Movilidad Humana en Ecuador \(2020-2021\)](#), p. 19.

<sup>37</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 159-11-JH/19 de 26 de noviembre de 2019, párr. 111.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

la Constitución, el cual representa un cambio de paradigma en el tratamiento jurídico a la movilidad humana: se dejó atrás una perspectiva que considera a las personas migrantes como objeto de control, y se promueve una perspectiva en la que se reconoce a las personas migrantes como sujetos de derechos, independientemente de su país de origen o de su situación migratoria<sup>38</sup>.

64. En tal sentido, a lo largo de su jurisprudencia, esta Corte Constitucional ha reconocido a las personas migrantes como sujetos derechos y ha buscado promover la desarticulación de los estereotipos y prejuicios en su contra<sup>39</sup>, en particular, de las personas migrantes venezolanas<sup>40</sup>. Al mismo tiempo, ha reafirmado la obligación del Estado de adoptar medidas diferenciadas e interseccionales para proteger de forma especial y reforzada los derechos de las personas migrantes como grupo de atención prioritaria; así como de abstenerse de implementar prácticas y políticas migratorias que refuercen los estereotipos falsos y negativos en contra de las personas migrantes, mayormente aquellas en situación irregular<sup>41</sup>.
65. En esta sentencia se desarrollan los derechos de un grupo particularmente vulnerable en el contexto de la migración forzada de personas venezolanas: las adolescentes que migran solas, quienes no solo enfrentan obstáculos en el ejercicio efectivo de sus derechos con base en su condición migratoria, sino además con base en su género y sexo, su propia condición de adolescentes y algunas incluso por su condición de embarazo.

#### **4.1.2. La protección de los derechos de las adolescentes migrantes venezolanas solas**

66. La migración de personas venezolanas hacia Ecuador y otros países de la región se da a través de flujos migratorios heterogéneos, conformados por niños, niñas y adolescentes, mujeres, adultos mayores, personas en situación de pobreza, entre otras<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párr. 121.

<sup>39</sup> Por ejemplo, sobre la prohibición de detenciones migratorias en albergues, lugares de estancia temporal o zonas de tránsito o “internacionales” en aeropuertos (sentencias No. 159-11-JH/19, 335-13-JP/20, 2533-16-EP/21), las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos para el reconocimiento de la condición de refugiado (sentencia No. 897-11-JP/20), las garantías mínimas del debido proceso en los procedimientos de revocatoria de nacionalidad (sentencia No. 335-13-JP/20), la protección a los derechos de las personas migrantes retornadas (sentencia No. 2533-16-EP/21), así como la protección de los derechos a la vida, salud, no devolución y no discriminación de personas solicitantes de asilo (sentencia No. 983-18-JP/21).

<sup>40</sup> En particular, la situación de grupos de personas migrantes venezolanos expulsados de forma colectiva en frontera (sentencia No. 639-19-JP/20 y acumulados), así como la inadmisión en frontera del ingreso de niños migrantes venezolanos no acompañados (sentencia No. 2120-19-JP).

<sup>41</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párrs. 84 y 126.

<sup>42</sup> CIDH, Resolución No. 2/18 Migración Forzada de Personas Venezolanas, 2018.



## ECUADOR

### SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

#### Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

67. En el caso de niñas, niños y adolescentes venezolanos, se estima que al menos 1,1 millones ha salido de su país<sup>43</sup>. En Ecuador, 1 de cada 3 personas venezolanas es niña, niño o adolescente<sup>44</sup>. De acuerdo con cifras del Ministerio de Gobierno, desde 2015 hasta diciembre de 2020, se registraron 82.778 personas venezolanas menores de edad que ingresaron y se quedaron en Ecuador<sup>45</sup>. Es importante considerar que estas cifras no dan cuenta de niñas, niños y adolescentes venezolanos que ingresaron al país por pasos irregulares o rutas clandestinas.
68. Según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la mayoría de las niñas, niños y adolescentes venezolanos, el 49%, migró acompañada únicamente de su madre; el 24%, lo hizo separado de sus familias; el 14%, no acompañado; el 14%, con su padre y madre; y el 4%, acompañado únicamente de su padre<sup>46</sup>. Justamente, una característica particular de las y los adolescentes migrantes venezolanos es que aproximadamente 1 de cada 10 llegó a Ecuador sin sus padres. Entre las principales razones que las niñas, niños y adolescentes afirman que los lleva a migrar se encuentran la crisis económica, alimentaria y sanitaria en Venezuela, así como las amenazas y persecuciones<sup>47</sup>.
69. En la sentencia No. 2120-19-JP/20, la Corte Constitucional reconoció que la migración forzada de personas venezolanas impacta de forma desproporcionada a las niñas, niños y adolescentes solos, no acompañados y separados, quienes se encuentran expuestos a una situación de riesgo permanente durante su trayecto migratorio, además de las limitaciones en los países de tránsito o destino para ejercer sus derechos y acceder a servicios sociales, como la regularidad migratoria<sup>48</sup>.
70. A partir de los casos seleccionados, la Corte considera relevante destacar que en el caso de las niñas y adolescentes migrantes, las normas específicas de género que rigen la sociedad, las expectativas de género y las relaciones de poder diferenciadas por género son factores decisivos para migrar<sup>49</sup>. Cada vez es mayor el número de mujeres que se desplazan y migran solas, que encabezan la migración y que son protagonistas de distintos flujos migratorios, provocando lo que se denomina la feminización de la migración<sup>50</sup>.

<sup>43</sup> UNICEF, [Respuesta de UNICEF Ecuador a la crisis de movilidad humana venezolana](#), 2020, p. 5.

<sup>44</sup> Banco Mundial, [Informe sobre Retos y oportunidades de la migración venezolana en Ecuador](#), 2020, p. 49.

<sup>45</sup> El Comercio, “Sueños sin frontera”, 18 de diciembre de 2020, <https://especiales.elcomercio.com/2020/12/suenos-sin-fronteras/>.

<sup>46</sup> UNICEF, [Respuesta de UNICEF Ecuador a la crisis de movilidad humana venezolana](#), 2020, p. 7.

<sup>47</sup> Banco Mundial, [Informe sobre Retos y oportunidades de la migración venezolana en Ecuador](#), 2020, p. 50.

<sup>48</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2120-19-JP/21 de 22 de septiembre de 2021, párrs. 18 y 20.

<sup>49</sup> Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes de Naciones Unidas, [Los efectos de la migración en las mujeres y las niñas migrantes: una perspectiva de género](#), 2019, párr. 31.

<sup>50</sup> Id., párr. 39.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21**  
**(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de**  
**adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

71. Las niñas y adolescentes migrantes comprenden un grupo amplio y heterogéneo<sup>51</sup>, con diferentes características socioeconómicas y necesidades que deben ser atendidas a través de un enfoque interseccional y con perspectiva de género, por ejemplo en el caso de las adolescentes migrantes embarazadas. De ahí que no se puede tratar a las niñas y adolescentes migrantes de forma homogénea, sino que su protección debe estar orientada a responder a las características propias y necesidades particulares de protección de cada uno de ellos, y a atender las circunstancias, razones y factores individuales para migrar<sup>52</sup>.
72. Este Organismo ha reconocido que las niñas, niños y adolescentes migrantes se encuentran, al menos, en una doble situación de vulnerabilidad tanto por su condición de niña o niño, como por su condición migratoria<sup>53</sup>. Ante su mayor riesgo de sufrir vulneraciones y abusos a sus derechos, tienen derecho a una mayor protección por parte del Estado. En el caso de niñas y adolescentes migrantes, estas corren un gran riesgo de ser víctimas de violencia de género y sexual, trata, explotación, esclavitud, ya sea por funcionarios públicos o por particulares<sup>54</sup>.
73. Ecuador es signatario de una serie de instrumentos y tratados internacionales<sup>55</sup> que garantizan la protección especial de los derechos de las niñas y niños, que forman parte del bloque de constitucionalidad, y que son aplicables al contexto de la migración. El instrumento normativo primordial es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) la cual, junto con sus protocolos facultativos<sup>56</sup>, se aplica a todas las niñas y niños, independiente de su nacionalidad o condición migratoria. La CDN se complementa a su vez con la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CTM)<sup>57</sup> y la Convención sobre la

<sup>51</sup> Por ejemplo, incluye niñas y adolescentes sin documentos de identidad u otros que permitan su estadia o regularización en el Estado receptor, quienes migran solas, separadas o no acompañadas, solicitantes de asilo, refugiados o apátridas, así como víctimas de trata de personas o tráfico ilícito de migrantes.

<sup>52</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 639-19-JP/20 y acumulados de 21 de octubre de 2020, párr. 48.

<sup>53</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2120-19-JP/21 de 22 de septiembre de 2021, párr. 15.

<sup>54</sup> Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes de Naciones Unidas, [Los efectos de la migración en las mujeres y las niñas migrantes: una perspectiva de género](#), 2019, párr. 43.

<sup>55</sup> Entre los tratados e instrumentos internacionales que ofrecen protección de los derechos del niño en el contexto de la migración se encuentran: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 que protege los derechos de las y los niños refugiados y solicitantes de asilo; la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961, en la cual se dispone que los Estados deberán conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida (artículo 1) y prohíbe a los Estados privar de su nacionalidad a una persona si esa privación ha de convertirla en apátrida (artículo 8); así como el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

<sup>56</sup> Tanto el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía como el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados, brindan protección a las niñas y niños en el contexto de la migración.

<sup>57</sup> La CTM contiene disposiciones concretas de protección de los niños, incluso en relación con el registro de su nacimiento (artículo 29) y el acceso a la educación (artículo 30).

**ECUADOR****SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS****Jurisprudencia**

**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)<sup>58</sup>. En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos resulta relevante, por ejemplo, la interpretación autorizada de la Corte IDH del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a través de su Opinión Consultiva 21/14 sobre “Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”.

74. Si bien el gobierno puede determinar las políticas migratorias que mejor respondan a los intereses del país, éstas no pueden desconocer los derechos de un grupo de atención prioritaria y de especial protección, como lo son las niñas, niños y adolescentes en situación de movilidad humana, reconocidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales referidos<sup>59</sup>.

**4.1.3. La negativa de inscripción de nacimiento de las hijas e hijos de adolescentes migrantes venezolanas**

75. En el contexto de migración forzada de personas venezolanas, muchas personas migrantes han tomado la decisión de radicarse en Ecuador de manera temporal o definitiva. Este es el caso de las adolescentes de los seis casos seleccionados, quienes migraron solas o con sus parejas, con parte de su familia hacia el país, algunas incluso en estado de embarazo, y decidieron quedarse en Ecuador para dar a luz a sus hijas e hijos.
76. En relación con las mujeres migrantes venezolanas que ingresaron embarazadas o que dieron a luz en el país, las organizaciones no gubernamentales reportan que el 22% de las mujeres que ingresaron al Ecuador son madres solteras, 2.9% están embarazadas y un 3.7% son madres lactantes<sup>60</sup>. No existen datos oficiales sobre el número de mujeres migrantes venezolanas embarazadas que ingresaron al país y que dieron a luz en Ecuador.
77. Respecto de las hijas e hijos de madres venezolanas nacidos en el país, se tiene que 6.901 nacieron en Ecuador entre el 1 de enero del 2015 y el 31 de octubre del 2020. La mayoría de los nacimientos se dieron en Pichincha, 3685, seguido de Guayas, 1479; Manabí, 457; Azuay, 255; Imbabura, 157; Tungurahua, 152; El Oro, 123; y Santo

<sup>58</sup> La CEDAW incluye la obligación de suprimir la trata de mujeres (artículo 6); otorgar a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad (artículo 9); y reconocer al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio (artículo 15, párr. 4)

<sup>59</sup> Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, [Informe de Observancia Movilidad Humana de niños, niñas y adolescentes de nacionalidad venezolana en Ecuador](#), 2021, p. 25, citando a: Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, septiembre 2003, párr. 168.

<sup>60</sup> Care, [Análisis Rápido de Género 2021: Situación de niñas y adolescentes en Ecuador](#), 2021, p. 18.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

Domingo; 102<sup>61</sup>. Tampoco existen datos oficiales en relación con la condición y edad de la madre.

78. Los casos seleccionados y acumulados dan cuenta de una situación recurrente que experimentan las adolescentes migrantes venezolanas solas en Ecuador: la negativa de inscripción de nacimiento de sus hijas e hijos nacidos en el país por no estar acompañadas por un representante legal. Todos los casos seleccionados tienen en común que se trata de niñas y niños de personas venezolanas migrantes nacidos en Ecuador; adolescentes de nacionalidad venezolana que migraron solas o separadas de sus familias, en condición de embarazo o que se embarazaron en Ecuador; que dieron a luz a sus hijas e hijos en distintos hospitales públicos en el país; y quienes se negó la inscripción de sus hijas e hijos. Además los seis casos seleccionados tuvieron lugar en Tulcán, Latacunga, Quito y Cuenca, ciudades con alta concentración de personas migrantes venezolanas.
79. De acuerdo con la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulaciones es la entidad de derecho público encargada de la administración y provisión de servicios relacionados con la gestión de la identidad y de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas (artículo 5). El Reglamento a la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles diferencia entre inscripción de nacimiento y registro del nacimiento<sup>62</sup>. Los casos seleccionados se refieren a la negativa de inscripción del nacimiento por el no cumplimiento de un requisito adicional para el caso de la inscripción de nacimiento por parte de progenitores menores de edad, reconocido en el artículo 24 del Reglamento: *“A más de los requisitos establecidos en la ley y el presente reglamento, aquel progenitor menor de edad que inscriba o reconozca a un hijo deberá estar acompañado por su representante legal”*.
80. Conforme el Reglamento citado, toda persona que no haya cumplido 18 años y que haya procreado una hija o hijo nacido en territorio nacional, no puede inscribirla si no cuenta con la compañía de un representante legal, entendido este último como el padre y/o la madre que ejerza la patria potestad, o en su defecto, algún tutor o tutora<sup>63</sup>. Esta norma

<sup>61</sup> El Comercio, “Sueños sin frontera”, 18 de diciembre de 2020, <https://especiales.elcomercio.com/2020/12/suenos-sin-fronteras/>.

<sup>62</sup> De acuerdo con el Reglamento a la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, la inscripción es *“la anotación de los datos personales biográficos de una persona que se realiza de manera inicial ante el servidor público autorizado de la institución responsable del registro civil, identificación y cedulação o ante un agente consular ecuatoriano en el extranjero; y, que se incorpora a los archivos especializados correspondientes, para su custodia y administración”* (artículo 13); y el registro se entiende como *“el ingreso de los datos personales biográficos del nacimiento de una persona ocurrido e inscrito en el extranjero que se efectúa ante un servidor público autorizado de la institución responsable del registro civil, identificación y cedulação o ante un agente consular ecuatoriano en el extranjero y que se incorpora a los archivos especializados correspondientes, para su custodia y administración”* (artículo 14).

<sup>63</sup> Código Civil, artículo 28.- *“Son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 570”*.



**ECUADOR**

**SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS**

**Jurisprudencia**



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)  
Jueza ponente: Daniela Salazar Marín**

reglamentaria se ha convertido en un obstáculo para el pleno ejercicio de los derechos de niñas y niños, hijas e hijos de adolescentes nacionales como de adolescentes migrantes, en particular de estas últimas, cuando migran solas y les es imposible contar con un representante legal o tutor en Ecuador.

81. El requisito de acompañamiento de un representante legal para garantizar la inscripción de nacimiento ha obligado a las adolescentes migrantes solas, quienes no pueden contactar a sus progenitores o familiares porque están en Venezuela o han migrado a otros países de la región, a realizar y activar procedimientos administrativos y/o procesos judiciales para poder inscribir a sus hijas e hijos y garantizar su derecho a la identidad<sup>64</sup>.
82. De la información aportada por el Registro Civil a la presente causa, se tiene que las nueve coordinaciones zonales de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulaciones registran un total de 37 solicitudes de inscripción de nacimiento de hijas e hijos de adolescentes migrantes a través de medidas de protección emitidas por las distintas Juntas Cantonales o Metropolitanas de Protección<sup>65</sup>: 2 en la Coordinación Zonal 2, correspondiente a la Junta Cantonal de Pastaza; 5 en la Coordinación Zonal 3 correspondientes a las Juntas Cantonales de Latacunga y Ambato; 6 en la Coordinación Zonal 7 por parte de las Juntas Cantonales de Santa Rosa, Huaquillas y Machala; 24 en la Coordinación Zonal 9 por parte de las distintas Juntas Metropolitanas de Protección en la provincia de Pichincha. De las 37 solicitudes, 3 se encontrarían pendientes de trámite y en las demás se ha procedido con la inscripción requerida luego de emitida una orden o medida de protección por las Juntas Cantonales o Metropolitanas de Protección. De la información remitida por el Registro Civil también consta que existe una inscripción pendiente solicitada por la DPE el 3 de marzo de 2021 en la Coordinación Zonal 9<sup>66</sup>.
83. Por otra parte, la DPE reporta haber atendido 9 casos de adolescentes migrantes venezolanas quienes ante la ausencia de un representante legal en Ecuador no han

<sup>64</sup> Ver, Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, [Informe de Observancia Movilidad Humana de niños, niñas y adolescentes de nacionalidad venezolana en Ecuador](#), 2021, p. 68.

<sup>65</sup> Conforme el artículo 206 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, son funciones de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos: "a) Conocer, de oficio o a petición de parte, los casos de amenaza o violación de los derechos individuales de niños, niñas y adolescentes dentro de la jurisdicción del respectivo cantón; y disponer las medidas administrativas de protección que sean necesarias para proteger el derecho amenazado o restituir el derecho violado; b) Vigilar la ejecución de sus medidas; c) Interponer las acciones necesarias ante los órganos judiciales competentes en los casos de incumplimiento de sus decisiones; d) Requerir de los funcionarios públicos de la administración central y seccional, la información y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones; e) Llevar el registro de las familias, adultos, niños, niñas y adolescentes del respectivo Municipio a quienes se haya aplicado medidas de protección; f) Denunciar ante las autoridades competentes la comisión de infracciones administrativas y penales en contra de niños, niñas y adolescentes; g) Vigilar que los reglamentos y prácticas institucionales de las entidades de atención no violen los derechos de la niñez y adolescencia; y, h) Las demás que señale la ley".

<sup>66</sup> Expediente constitucional No. 2185-19-JP, fs. 128-129.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

podido inscribir el nacimiento de sus hijas e hijos. En 6 de los casos la DPE ha presentado acciones de protección para tutelar los derechos de las niñas y niños nacidos en Ecuador, en 2 realizó gestiones oficiosas a través de acercamientos al Registro Civil y en 1 abrió una investigación defensorial<sup>67</sup>.

84. Esta Corte observa que previo a la activación de procesos constitucionales, las Juntas Cantonales y Metropolitanas de Protección, a través de medidas de protección, así como la DPE, mediante investigaciones defensoriales o gestiones oficiosas, dispusieron la inscripción de nacimiento de las niñas y niños ecuatorianos de progenitores adolescentes migrantes. Ahora bien, ante la falta de cumplimiento del Registro Civil de dichas medidas, la DPE y la DP se han visto obligadas a iniciar y activar procesos de garantías jurisdiccionales en representación de las y los adolescentes y sus hijas e hijos, con el fin de garantizar la inscripción de nacimiento de estos últimos.
85. Esto ha generado que las y los adolescentes migrantes venezolanos y sus hijas e hijos, tengan que esperar meses para que se pueda realizar la inscripción de nacimiento por orden judicial. En el caso No. 2149-21-JP, el niño T.A.R.C. tenía 1 año y 3 meses de edad a la fecha de presentación de la demanda de acción de protección, es decir pasó más de un año sin haberse inscrito su nacimiento y sin documento de identidad.
86. En este punto, es importante señalar que también se reconoce que las niñas y niños se encuentran en una situación de vulnerabilidad cuando se ven afectados por la migración y no son ellos mismos migrantes, es decir, cuando nacen de padres migrantes en los países de destino y tienen dificultades en el acceso y ejercicio de sus derechos<sup>68</sup>. En los casos seleccionados, todas las niñas y niños nacidos en territorio nacional se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, quienes por la condición de sus madres como adolescentes solas, no fueron inscritos inmediatamente luego de su nacimiento, lo cual obstaculiza sus derechos a el nombre, la nacionalidad, el establecimiento de relaciones familiares y demás elementos del derecho a la identidad.
87. Asimismo, existen casos como los No. 2185-19-JP, 151-20-JP y 1869-20-JP, de madres adolescentes que a pesar de haber recibido el alta médica han debido permanecer en los distintos hospitales y centros de salud ante la negativa de la autorización de salida del hospital sin la inscripción del nacimiento de sus hijas e hijos; así como también de adolescentes que deben acudir de forma reiterada al Registro Civil para obtener la

<sup>67</sup> Expediente constitucional No. 2185-19-JP, fs.119-120. Asimismo, la DPE reportó casos de personas migrantes venezolanas, colombianas y peruanas, a quienes el Registro Civil ha negado el registro de nacimiento de sus hijas e hijos nacidos en Ecuador, por no contar con visas vigentes, al no aceptar la visa humanitaria como documento habilitante para la inscripción, al no contar la madre con un documento de identificación y al exigirles originales de cédula de ciudadanía venezolana.

<sup>68</sup> Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y Comité de los Derechos del Niño, Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, párr. 3.



## ECUADOR

## SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

## Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

inscripción de sus hijas e hijos<sup>69</sup>, como fue el caso No. 731-21-JP, en el que el Registro Civil se negó a realizar la inscripción ordenada por la Junta Metropolitana de Protección, al no presentarse el oficio original emitido por la Junta.

88. Si bien como resultado de los distintos procesos de acción de protección, el Registro Civil ha procedido a realizar las inscripciones de nacimiento ordenadas en las distintas sentencias constitucionales, esta Corte observa que además de ordenar la inscripción, las juezas y jueces constitucionales dispusieron como garantías de no repetición, que el Registro Civil se abstenga de incurrir en las mismas vulneraciones de derechos en casos análogos a través de la exigencia de una persona adulta que actúe como representante legal<sup>70</sup>, que se proceda a realizar la inscripción con base en el certificado estadístico de nacido vivo<sup>71</sup>, y que elabore un protocolo e instructivo en relación con la atención de personas en situación de movilidad humana<sup>72</sup>.
89. De la documentación remitida por el Registro Civil y la DPE en relación con el estado de cumplimiento de las sentencias constitucionales, solo consta información sobre el cumplimiento de las medidas de inscripción de nacimiento, disculpas públicas y capacitación<sup>73</sup>, mas no respecto a las garantías de no repetición que ordenaron al Registro Civil abstenerse de incurrir nuevamente en las violaciones de derechos y elaborar un protocolo para garantizar la inscripción del nacimiento de niñas y niños con progenitores en situación de movilidad humana. En la audiencia pública llevada a cabo ante la Corte Constitucional el 10 de junio de 2021, la representante del Registro Civil manifestó que en relación con las garantías de no repetición que disponen dejar de exigir el requisito de acompañamiento de un representante legal para garantizar la inscripción de la niña o niño, esto solo se estaría cumpliendo en las provincias en las que fueron emitidas las sentencias. Sobre esto, la Corte llama la atención al Registro Civil y enfatiza que las órdenes generales que disponen las y los jueces constitucionales adoptar medidas como garantías no repetición de vulneraciones de derechos constitucionales, **no están circunscritas a la provincia** en la cual se emite la orden, sino que **deben ser aplicadas a nivel nacional para proteger los derechos**.
90. A esto se suma, que el Registro Civil tampoco ha otorgado alternativas para que las hijas e hijos de adolescentes venezolanos migrantes solos y que no cuentan con un

<sup>69</sup> Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, [Informe de Observancia Movilidad Humana de niños, niñas y adolescentes de nacionalidad venezolana en Ecuador](#), 2021, p. 69.

<sup>70</sup> Sentencia de 27 de noviembre de 2020 emitida por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Tulcán, provincia del Carchi dentro de la acción de protección No. 04243-2020-00022 (Caso No. 10-21-JP); sentencia de 3 de mayo de 2021 emitida por el juez de la Unidad Judicial Civil de Cuenca dentro de la acción de protección No. 01283-2021-16074 (Caso no. 2149-21-JP).

<sup>71</sup> Sentencia de 3 de septiembre de 2020 emitida por la jueza de la Unidad Judicial contra Violencia a la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar de Carchi dentro de la acción de protección No. 04571-2020-00261 (Caso No. 1869-20-JP).

<sup>72</sup> Sentencia de 29 de noviembre de 2019 emitida por el juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Latacunga de Cotopaxi dentro de la acción de protección No. 05283-2019-05924 (Caso No. 151-20-JP).

<sup>73</sup> Expediente constitucional No. 2185-19-JP, fs. 117; 125-156.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

representante legal en el país, puedan ser inscritos. En la audiencia pública llevada a cabo en la presente causa, la representante del Registro Civil se limitó a señalar que el personal de dicha entidad está actuando conforme lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento a la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, y que realizan las inscripciones de nacimientos si las Juntas Cantonales de Protección o si una autoridad jurisdiccional así lo ordenan. Esto demuestra una actitud renuente del Registro Civil en tomar acciones para evitar que las vulneraciones de derechos identificadas en las acciones de protección se sigan repitiendo así como para proteger los derechos de un grupo vulnerable y de atención prioritaria como son las niñas y niños, y las y los adolescentes migrantes.

91. Esta Corte Constitucional observa que no se ha tomado en suficiente consideración las realidades de las adolescentes migrantes venezolanas solas, separadas o no acompañadas, quienes no tienen la posibilidad de contar con un representante legal en el país para que autorice la inscripción del nacimiento de sus hijas e hijos. La falta de atención ante estas realidades afecta a la capacidad del Estado, en general, para articular acciones en favor de los derechos de las personas migrantes, y en particular, del Registro Civil para adecuar sus prácticas y aplicar las normas relativas a la inscripción del nacimiento de progenitores menores de edad desde un enfoque de derechos humanos, y garantizar que las niñas y niños, hijas e hijos de adolescentes migrantes venezolanos en el país, puedan ejercer sus derechos humanos en el país, empezando por su derecho a la identidad. Esta Corte reprocha que el Registro Civil considere la judicialización de los procesos como un requisito indispensable para el reconocimiento de derechos tan básicos e inherentes a la dignidad de las personas, obstaculizando el goce y ejercicio efectivo de los derechos a la identidad, personalidad jurídica, nacionalidad, protección a la familia, entre otros.
92. Por estas razones, es necesario que este Organismo emita una sentencia con carácter general y de cumplimiento obligatorio, que permita evitar que las vulneraciones de derechos ante la negativa de inscripción del nacimiento a las niñas y niños de progenitores adolescentes migrantes venezolanos sigan ocurriendo, así como que las y los adolescentes migrantes tengan que verse obligados a activar procedimientos administrativos y procesos judiciales para tutelar los derechos de sus hijas e hijos.

#### **4.2. Los derechos vulnerados ante la negativa de inscripción del nacimiento de hijas e hijos de adolescentes migrantes**

93. A partir de la entrada en vigor de la CDN se dio un cambio de paradigma en el desarrollo de los derechos de las niñas y niños: se pasó de una doctrina de protección irregular, que concebía a las y los niños como objetos de protección del Estado, la sociedad y la familia, a una doctrina de protección integral que reconoce a las y los niños como sujetos

**ECUADOR****SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS****Jurisprudencia**

**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)  
Jueza ponente: Daniela Salazar Marín**

de derecho, y al mismo tiempo reconoce la necesidad de una protección especial y prioritaria por parte del Estado<sup>74</sup>.

94. Para garantizar el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes migrantes, así como las obligaciones de protección especial y reforzada por parte del Estado, la CDN reconoce varios principios generales, tales como: la igualdad y no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y al desarrollo, y el derecho a ser escuchados y a la participación<sup>75</sup>, que son pertinentes para la situación de las y los adolescentes en el contexto de la migración.
95. La Corte Constitucional observa que la negativa de inscripción del nacimiento de las niñas y niños, hijas e hijos de adolescentes migrantes venezolanos, impacta en una serie de derechos constitucionales que tienen como punto de partida el derecho a la identidad, tales como el nombre, la nacionalidad, la personalidad jurídica, la protección a la familia, entre otros. Asimismo, de la revisión de los casos seleccionados, se observa que la exigencia de un representante legal afecta de forma desproporcionada a las adolescentes migrantes que están solas en el país y que, a pesar de esto, en ningún momento fueron escuchadas por las autoridades administrativas y judiciales, ni reconocidas por el Registro Civil como sujetos de derechos capaces de tomar decisiones libres, voluntarias e informadas, como es autorizar la inscripción del nacimiento de sus hijas e hijos. Por lo que este Organismo también considera necesario analizar el derecho y principio de no discriminación, y el derecho a ser escuchadas de las adolescentes migrantes.
96. A continuación, la Corte procederá a analizar el contenido y alcance de dichos derechos con base en los principios generales aplicables de la CDN referidos y las normas constitucionales, así como las obligaciones del Registro Civil frente a situaciones de adolescentes migrantes solas que solicitan inscribir a sus hijas e hijos nacidos en Ecuador.

#### **4.2.1. El derecho a la identidad, la personalidad jurídica y la inscripción y registro del nacimiento**

<sup>74</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 9-17-CN/19 (Juzgamiento imparcial y especializado de adolescentes infractores) de 09 de julio de 2019, párr. 43; sentencia No. 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párrs. 165-166; sentencia No. 2691-18-EP/21 de 3 de marzo de 2021, párr. 32.

<sup>75</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 5 (2003) sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12; Observación General N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, párrs. 14-25; Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y Comité de los Derechos del Niño, Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, párr. 19.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21**  
**(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de**  
**adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

97. El artículo 66 numeral 28 de la Constitución reconoce el derecho a la identidad personal y colectiva *“que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales”*.
98. Esta Corte Constitucional ha reconocido que los elementos del derecho a la identidad personal descritos en el artículo citado son meramente ejemplificativos puesto que los atributos que conforman la identidad son flexibles y se transforman con base en las experiencias y decisiones de cada persona<sup>76</sup>. De ahí que el derecho a la identidad guarda estrecha relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal, en la medida en que cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses<sup>77</sup>.
99. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no reconoce expresamente el derecho a la identidad, sin embargo consagra los derechos a la personalidad jurídica (artículo 3), a la vida privada (artículo 11), al nombre (artículo 18), así como la nacionalidad (artículo 20). Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y de la protección del derecho a la vida privada se desprende un derecho a la identidad que *“se encuentra en estrecha relación con la autonomía de la persona y que identifica a la persona como un ser que se autodetermina y se autogobierna, es decir, que es dueño de sí mismo y de sus actos”*<sup>78</sup>.
100. En tal sentido, la Corte IDH ha definido el derecho a la identidad como, *“el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”*<sup>79</sup>.
101. En relación con el derecho a la identidad de las niñas y niños, la CDN reconoce el derecho de todas las niñas y niños a un nombre desde su nacimiento y a obtener una nacionalidad (artículo 7), así como a preservar su identidad (artículo 8). En su artículo 29, la CTM reconoce expresamente que *“todos los hijos de los trabajadores migratorios*

<sup>76</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 732-18-JP/20 de 23 de septiembre de 2020, párr. 30.

<sup>77</sup> Corte IDH, Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 152. Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 88.

<sup>78</sup> Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 89.

<sup>79</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 122; Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 116



**ECUADOR**

**SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS**

**Jurisprudencia**



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

*tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad". Asimismo, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 33, establece que*

*Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley. Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños; niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho.*

- 102.** Por otra parte, respecto al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, esta Corte ha señalado que a pesar de no estar expresamente reconocido en el texto constitucional, este se incorpora por remisión a las normas de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (artículo 16), la CADH (artículo 3), y la CTM (artículo 24).
- 103.** En la sentencia No. 388-16-EP/21, la Corte Constitucional señaló que el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica garantiza la titularidad, ejercicio y goce de derechos, así como posibilita el acceso a servicios públicos y privados. Es decir, reconoce la capacidad jurídica de las personas de ejercer derechos y contraer obligaciones<sup>80</sup>. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se relaciona estrechamente con el derecho a la identidad, en la medida en que el primero garantiza el reconocimiento de la existencia jurídica de una persona y el segundo reconoce los elementos, características y atributos que individualizan a una persona.
- 104.** La inscripción de nacimiento representa el primer momento en que una niña o niño adquiere una identidad legal con base en sus datos personales registrados y anotados inmediatamente luego de su nacimiento. Esto con el fin de que a partir de su nacimiento, las niñas y los niños cuenten con un nombre que los identifique de forma individual, un registro de su lugar y fecha de nacimiento que es útil para el reconocimiento de su nacionalidad, y un registro de sus vínculos familiares para establecer su relación de filiación con sus progenitores. La inscripción de nacimiento se entiende como el registro oficial, continuo, permanente y universal de la existencia y características de un nacimiento. Como resultado de este, se emite un certificado de nacimiento que es el documento legal y personal que certifica la identidad de una persona, dejando constancia de sus primeros datos personales<sup>81</sup>.
- 105.** La falta de inscripción del nacimiento tiene un impacto directo en el derecho a la identidad de las niñas y niños en la medida en que no existe un reconocimiento institucional y legal de los primeros datos que hacen de una persona identificable. A criterio de esta Corte, la falta de inscripción también afecta el derecho al reconocimiento

<sup>80</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 388-16-EP/21 de 23 de junio de 2021, párr. 88.

<sup>81</sup> UNICEF, [A Passport to Protection: A Guide to Birth Registration Programming](#), 2013, p. 11; ACNUR, [Nota informativa sobre Protección Infantil: Registro de nacimiento](#), 2013, p.2.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

a la personalidad jurídica puesto que si bien todas las niñas y niños son sujetos de derechos independientemente de si se inscribió o no su nacimiento, en la práctica la carencia de un certificado de nacimiento obstaculiza el ejercicio de varios derechos y el acceso a servicios de educación, salud y protección<sup>82</sup>, mermando la condición de sujeto pleno de derechos y obligaciones. Al respecto, los Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de trata de personas, reconocen que para garantizar el derecho a la personalidad jurídica, todo niño o niña debe ser inscrito inmediatamente en su país de nacimiento, independientemente de la nacionalidad de sus progenitores o falta de ella<sup>83</sup>.

106. Ahora bien, esta Corte Constitucional ha reconocido que la Constitución, en su artículo 11 numeral 7, además de los derechos expresamente reconocidos en el texto constitucional o incorporados a éste por remisión a los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, reconoce los derechos que se derivan de la dignidad de las personas<sup>84</sup>. A criterio de este Organismo, la inscripción o registro del nacimiento es propiamente un derecho humano porque tiene un titular, un contenido y un obligado<sup>85</sup>, deriva de la dignidad de las personas y contribuye a garantizar que se respeten otros derechos de las niñas y los niños. El derecho a la inscripción del nacimiento se encuentra expresamente reconocido en el artículo 35 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que establece que,

*Los niños y niñas tienen derecho a ser inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les correspondan. El Estado garantizará el derecho a la identidad y a la identificación mediante un servicio de Registro Civil con procedimientos ágiles, gratuitos y sencillos para la obtención de los documentos de identidad.*

107. El titular del derecho a la inscripción del nacimiento son las niñas y niños, inmediatamente después de su nacimiento y sin discriminación de ningún tipo<sup>86</sup>. En relación con el contenido y alcance del derecho, este garantiza que se inscriba el nacimiento de una niña o niño y se proceda a inscribir de forma permanente y oficial su

<sup>82</sup> En la sentencia No. 732-18-JP/20, esta Corte Constitucional reconoció que los documentos de identidad constituyen un mecanismo que facilita el pleno ejercicio de derechos constitucionales. Ver, sentencia No. 732-18-JP/20 de 23 de septiembre de 2020, párrs. 55 y 56.

<sup>83</sup> CIDH, Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, Principio 4.

<sup>84</sup> La Corte Constitucional ha señalado que el artículo 11 numeral 7 reconoce a los derechos innominados y actúa como una norma de cláusula abierta que permite “la evolución de los derechos y la adaptación del sistema jurídico de protección de derechos a las nuevas realidades y a los retos que no pudieron ser previstos por las personas que ejercieron el poder constituyente”. Ver, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019, párrs. 138 y 144.

<sup>85</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados de 5 de agosto de 2020, párr. 112.

<sup>86</sup> CDN, 1989, artículo 7, “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad”; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 24, “2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.



## ECUADOR

## SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

## Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

existencia, reconociendo jurídicamente su identidad, al menos, a través de un nombre, lugar y fecha de nacimiento y vínculos familiares con sus progenitores<sup>87</sup>. El derecho de toda niña o niño a la inscripción de su nacimiento trae consigo la obligación del Estado de inscribir el nacimiento en el registro civil y proporcionarle un certificado de nacimiento en el que conste toda la información pertinente sobre la identidad de una persona<sup>88</sup>, el cual es su primera prueba legal de identidad<sup>89</sup>. En consecuencia, el sujeto obligado es el Estado, a través del Registro Civil, pero también las y los progenitores quienes activan el procedimiento para garantizar la inscripción de sus hijas e hijos.

**108.**La no inscripción o registro del nacimiento hace invisible a una niña o niño ante el Estado, no solo estadísticamente en distintas esferas de medición del desarrollo, sino que en la práctica quedan excluidos de protección. Sin un certificado de nacimiento, las niñas y niños enfrentan enormes obstáculos para acceder a servicios básicos como salud y educación. Esto limita además sus oportunidades a futuro, al carecer de una identidad legal tendrán menos probabilidad de acceder a un empleo formal y se aumenta su posibilidad de vivir en pobreza por la falta de acceso a iguales oportunidades que las personas que cuentan con una identidad legal. Esto no solo afecta los derechos de las niñas y niños en la primera infancia sino que se extiende a la edad adulta temprana. Esta Corte Constitucional en la sentencia No. 732-18-JP/20 ya reconoció que la identificación oficial de una persona es necesaria para acceder a una serie de servicios como expresión del ejercicio de los derechos de libertad, participación y buen vivir<sup>90</sup>.

**109.**Por otra parte, los Estados necesitan saber cuántos nacimientos suceden en un año determinado con el fin de dar seguimiento a las tendencias poblacionales de fecundidad, mortalidad materna, mortalidad infantil, entre otras<sup>91</sup>. Esto además es útil para el diseño, planificación e implementación de distintas políticas públicas o programas de desarrollo tan básicos como educación o inmunización a favor de las niñas y niños.

<sup>87</sup> UNICEF, [Derecho a la identidad. La cobertura del registro de nacimiento en México](#), 2018, p.13.

<sup>88</sup> ACNUDH, [Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración](#), 2010, párr. 59.

<sup>89</sup> UNICEF, ¿Qué es el registro del nacimiento y por qué es importante?, 2019. Ver, <https://www.unicef.org/es/historias/registro-nacimiento-importante>

<sup>90</sup> Por ejemplo, la Corte Constitucional reconoció que “[el] documento de identidad facilita el ejercicio de derechos como la libertad de contratación o la propiedad, siendo usualmente requerida para todo acto público o privado con el fin de determinar e individualizar correctamente a los intervinientes o para el acceso a determinados bienes y servicios como ocurre, por ejemplo, en las instituciones bancarias. Así también, facilita el ejercicio de los derechos asociados a la libertad de tránsito, como migrar y salir libremente del país. De igual manera, la existencia de un documento que identifique a las personas, y que dé constancia de su existencia constituye una verdadera garantía, pues su privación puede generar el escenario propicio para que prácticas como la ejecución extrajudicial, desaparición forzada de personas o tortura queden en la impunidad (...) en cuanto a los derechos de participación (...) permite, por ejemplo, el ejercicio del derecho al voto, a participar en asuntos de interés público o a ser consultados”. Ver, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 732-18-JP/20 de 23 de septiembre de 2020, párrs. 55 y 56.

<sup>91</sup> UNICEF, [Derecho a la identidad. La cobertura del registro de nacimiento en México](#), 2018, p.9.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

- 110.** En términos del Comité de los Derechos del Niño, los obstáculos en la inscripción del nacimiento repercuten negativamente en el sentimiento de identidad de las niñas y niños, y que como consecuencia de ello, pueden ver denegados otros derechos como el acceso a servicios de salud, educación y bienestar social. En tal sentido, ha recomendado a los Estados parte de la CDN que como primera medida para garantizar el derecho a la supervivencia, al desarrollo y al acceso a servicios de calidad (artículo 6), adopten todas las medidas necesarias para que las niñas y niños sean inscritos al nacer en el registro civil, sin discriminación de ningún tipo<sup>92</sup>.
- 111.** Por otra parte, según el Comité de Derechos Humanos, la importancia de la inscripción del nacimiento y del derecho a la identidad radica además en reducir el peligro de que niñas y niños sean objeto de delitos que afectan su integridad<sup>93</sup>. Sin una prueba legal de su identidad, las niñas y niños no pueden, por ejemplo, demostrar su edad y esto los expone a un riesgo mayor de matrimonio forzado o a entrar en el mercado laboral de manera precoz, o de que los recluten en grupos armados<sup>94</sup>. De ahí que la negativa de inscripción del nacimiento de las hijas e hijos de adolescentes migrantes vulnera de forma directa el derecho a la identidad de las niñas y niños, afecta el reconocimiento de su personalidad jurídica así como el acceso a otros derechos necesarios para su desarrollo integral, y los coloca en mayor riesgo de violación a sus derechos humanos.
- 112.** En contextos de migración, es frecuente que las hijas e hijos de padres migrantes en situación irregular no hayan sido inscritos en el momento de su nacimiento. Esto responde a distintas razones, por ejemplo, puede ser que la ley nacional no otorga a los migrantes en situación irregular que no poseen documentos de identidad válidos, el derecho de inscribir o registrar a sus hijas e hijos en el país de acogida, o que los padres y las madres no inscriban a sus hijas e hijos por temor a ser detectados por las autoridades y deportados como consecuencia de su condición migratoria. También se incluyen obstáculos administrativos y prácticos como la falta de conocimiento de los procedimientos de inscripción, idioma, el costo de las tasas de registro o inscripción<sup>95</sup>, el acceso físico, la complejidad de los procedimientos, y las leyes y prácticas discriminatorias<sup>96</sup>.
- 113.** Los casos seleccionados demuestran que la falta de inscripción de nacimiento se da concretamente por no cumplir con un requisito dispuesto en la norma reglamentaria y

<sup>92</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7 (2005) relativa a la realización de los derechos del niño en la primera infancia, párr. 25.

<sup>93</sup> Por ejemplo, el Comité menciona que se reduce el peligro de que niñas y niños sean objeto de comercio, raptos u otros tratos incompatibles con el disfrute de sus derechos. Ver, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 17 (1989) relativa a los derechos del niño, párr. 7.

<sup>94</sup> UNICEF, ¿Qué es el registro del nacimiento y por qué es importante?, 2019. Ver, <https://www.unicef.org/es/historias/registro-nacimiento-importante>

<sup>95</sup> ACNUDH, [Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración](#), 2010, párr. 57.

<sup>96</sup> ACNUR, [Documento de buenas prácticas – Acción 7: Garantizar el registro de nacimientos para prevenir la apatridia](#), 2017, p. 5.

**ECUADOR****SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS****Jurisprudencia**

**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

protocolos del Registro Civil, esto es, el acompañamiento de un representante legal en el caso de progenitores menores de edad. Este requisito, como se ha expuesto en la sección anterior, es de cumplimiento imposible en el caso de adolescentes venezolanas migrantes solas, quienes no cuentan ni pueden contar con un representante legal en el país.

- 114.** Llama la atención de la Corte que a pesar del número de casos que reporta la DPE y las Juntas Cantonales de Protección, así como los casos judicializados a través de procesos de acción de protección, hasta la presente fecha, el Registro Civil no haya adoptado acción alguna para garantizar la inscripción del nacimiento de niñas y niños cuyos progenitores son personas menores de edad, que se encuentran en situación de movilidad humana, solas y sin un representante legal en el país que autorice la inscripción conforme dispone el Reglamento a la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Si el Registro Civil no adopta acciones inmediatas para revertir esta situación, las consecuencias de su omisión serán nefastas para la protección de un grupo de atención vulnerable, como son las niñas y niños.
- 115.** En la audiencia pública llevada a cabo en la presente causa, la representante del Registro Civil manifestó que el actual procedimiento para garantizar la inscripción de nacimientos de niñas y niños, además del artículo 24 del Reglamento a la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, se encuentra regulado en el "Procedimiento de Inscripción o Registro de Nacimientos PRO-GRC-IRN-001" de octubre de 2020. Ahora bien, esta Corte observa que en dicho documento se establece que ante el desconocimiento del lugar donde se encuentren los padres del progenitor o progenitora menor de edad, serán las instituciones del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia quienes podrán solicitar la inscripción del niño o niña<sup>97</sup>.
- 116.** Es decir, el procedimiento se mantiene en exigir que las adolescentes se encuentren acompañadas de su representante legal y sólo en caso de que no se sepa dónde están, exige a las adolescentes que acudan ante alguna institución del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, como serían las Juntas Cantonales o Metropolitanas de Protección, para que se dispongan medidas de protección y se garantice la inscripción de sus hijas e hijos.
- 117.** A criterio de esta Corte, tampoco es una solución aceptable forzar a los padres y madres adolescentes migrantes a acudir a las instituciones del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia para garantizar el derecho a la inscripción del nacimiento de sus hijas e hijos. En primer lugar, de acuerdo con varios de los casos seleccionados (No. 2185-19-JP, 151-20-JP y 1869-20-JP), las adolescentes a pesar de haber recibido el alta médica no podían salir de los hospitales sin antes inscribir el nacimiento de sus hijas e hijos con fundamento en los protocolos internos de algunos hospitales. Disponer que solo a través de alguna de las instituciones del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se pueda realizar la

<sup>97</sup> Expediente constitucional No. 2185-19-JP, fs. 162-184.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

inscripción ante la ausencia de un representante legal, implica dejar a una adolescente y su hijo recién nacido encerrados en un hospital hasta que se emita una medida de protección a su favor y el Registro Civil decida acatarla. Esto podría incluso a llegar afectar de forma sustancial la libertad ambulatoria de las adolescentes y sus hijas e hijos, así como su integridad física, psicológica y emocional, en lo principal, por la indeterminación de tiempo que va a tomar garantizar la inscripción del nacimiento de sus hijas e hijos; además de limitar el ejercicio de otros derechos como educación, trabajo o vivienda.

**118.** En segundo lugar, la intervención de las instituciones del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, como es el caso de las Juntas Cantonales o Metropolitanas de Protección, debería activarse frente a situaciones de violaciones de derechos<sup>98</sup>, y no ante la inexistencia de alternativas para garantizar la inscripción de una niña o niño de progenitores menores de edad por parte del mismo Registro Civil.

**119.** Esta Corte Constitucional ya ha llamado la atención que se deba recurrir necesariamente a las Juntas Cantonales como parte del procedimiento administrativo regular para asegurar la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes<sup>99</sup>. La opción que el Registro Civil otorga a las madres adolescentes solas para inscribir a sus hijas e hijos desnaturaliza las medidas administrativas de protección previstas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CONA), convirtiéndolas en un requisito para el ejercicio del derecho a la identidad y la inscripción del nacimiento.

**120.** Al insistir en un requisito de cumplimiento imposible y exigir a las adolescentes migrantes solas y sin un representante legal en el país, acudir necesariamente al Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el Registro Civil está incumpliendo con su obligación constitucional de garantizar el derecho a la identidad, nombre y ciudadanía (artículo 45 de la Constitución) a través de *“procedimientos ágiles, gratuitos y sencillos para la obtención de los documentos de identidad”* de las niñas y niños (artículo 35 del CONA), e inobservando lo determinado por el Comité de los Derechos del Niño en el sentido de que *“[u]n sistema efectivo [de inscripción y registro de nacimiento] debe ser flexible y responder a las circunstancias de las*

<sup>98</sup> El Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 215, señala que “Las medidas de protección son acciones que adopta la autoridad competente, mediante resolución judicial o administrativa, en favor del niño, niña o adolescente, cuando se ha producido o existe el riesgo inminente de que se produzca una violación de sus derechos por acción u omisión del Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables o del propio niño o adolescente. En la aplicación de las medidas se deben preferir aquellas que protejan y desarrollen los vínculos familiares y comunitarios.”

<sup>99</sup> En la sentencia No. 2120-19-JP/21, la Corte advirtió que se desnaturaliza el rol de las Juntas Cantonales de Protección y el alcance de las medidas de protección, cuando en el caso de niñas, niños y adolescentes solos, separados o no acompañados, se deba recurrir necesariamente a estas como parte del procedimiento regular para garantizar el ingreso a territorio nacional. Ver, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2120-19-JP/21 de 22 de septiembre de 2021, párrs. 98 y 100.



## ECUADOR

### SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

#### Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

*familias*”<sup>100</sup>. Es más, el Registro Civil está exponiendo a niñas y niños a un riesgo mucho mayor de que sean víctimas de distintas vulneraciones de derechos humanos.

- 121.** Por último, es importante enfatizar que la falta de inscripción y acta de nacimiento no solo afecta la identidad legal de una niña o niño y su desarrollo integral, sino que además es un factor que promueve la exclusión y discriminación. En el caso de las personas migrantes venezolanas en Ecuador, estas ya se encuentran en una situación de desigualdad y exclusión estructural en el acceso efectivo de sus derechos, por ejemplo, por la falta de documentación, por su condición migratoria irregular, la xenofobia, así como por los prejuicios y estereotipos en su contra. La negativa de inscripción o registro de nacimiento de sus hijas e hijos nacidos en el país profundiza esta brecha de desigualdad y exclusión. Las personas migrantes ya no serán las únicas que enfrenten distintos obstáculos en el ejercicio de sus derechos, sino que ahora también lo harán sus hijas e hijos por no contar con un registro del nacimiento ni documento de identidad.
- 122.** La inscripción del nacimiento además protege a las niñas y niños contra la separación familiar y puede facilitar la reunificación de las niñas y los niños separados con sus padres y familiares<sup>101</sup>. En relación con el primer escenario, en el caso de hijas e hijos de personas migrantes en situación irregular, la inscripción o el registro de nacimiento como prueba de filiación podría ser relevante en procesos de deportación con el fin de evitar la separación de familias. Por otra parte, en relación con la reunificación familiar, en contextos de migración forzada existe una alta probabilidad de que las personas continúen migrando a otros lugares y en muchos casos, que estas deban separarse nuevamente de sus familias por la imposibilidad de migrar juntos. La inscripción de nacimiento de las hijas e hijos de padres migrantes facilita los procedimientos de reunificación familiar a través de la determinación de la relación de filiación.
- 123.** La falta de registro de nacimiento tiene consecuencias graves para el desarrollo integral de las niñas y niños y, si no se resuelve de forma oportuna, los deja vulnerables durante muchos años a distintas violaciones a sus derechos. En consecuencia, es obligación del Estado, a través del Registro Civil, eliminar cualquier barrera que pudiere afectar de forma desproporcionada la inscripción del nacimiento de las niñas y niños, hijas e hijos de adolescentes solas como es la exigencia de estar acompañadas de un representante legal o en su defecto acudir a las instituciones del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.
- 124.** Por las razones expuestas, impedir la inscripción del nacimiento de las niñas y niños cuyos progenitores son adolescentes, por no estar acompañadas de un representante

<sup>100</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7 (2005) relativa a la realización de los derechos del niño en la primera infancia, párr. 25.

<sup>101</sup> ACNUDH, [Estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los problemas y las mejores prácticas en relación con la aplicación del marco internacional para la protección de los derechos del niño en el contexto de la migración](#), 2010, párr. 60.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

legal, vulnera los derechos de las niñas y niños a la identidad, personalidad jurídica y a la inscripción del nacimiento como un derecho autónomo.

#### **4.2.2. El derecho a la nacionalidad, el riesgo de apatridia y el interés superior de las niñas, niños y adolescentes**

**125.** Esta Corte Constitucional considera necesario además desarrollar las implicaciones que la falta de inscripción del nacimiento tendría en el derecho a la nacionalidad, en la medida en que las niñas y niños no inscritos o registrados podrían estar en riesgo de apatridia si no pueden probar que tienen vínculos con un Estado, conforme se expone a continuación.

**126.** El artículo 6 de la Constitución reconoce que, “*la nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado [...] se obtendrá por nacimiento o por naturalización*”. Por su parte, el artículo 7 determina que son ecuatorianas y ecuatorianos por nacimiento, “*1. Las personas nacidas en el Ecuador. 2. Las personas nacidas en el extranjero de madre o padre nacidos en el Ecuador; y sus descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad. 3. Las personas pertenecientes a comunidades, pueblos o nacionalidades reconocidos por el Ecuador con presencia en las zonas de frontera*”. Es decir, se aplican los criterios de *ius sanguinis* y *ius solis* para adquirir la nacionalidad ecuatoriana por nacimiento.

**127.** En la sentencia No. 335-13-JP/20, la Corte Constitucional, con base en la jurisprudencia de la Corte IDH, reconoció que el derecho a la nacionalidad se compone de un doble aspecto, (i) el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer un vínculo jurídico con un Estado determinado; y, (ii) el de proteger al individuo contra la privación de la nacionalidad de forma arbitraria<sup>102</sup>.

**128.** Este Organismo también reconoció que si bien el Estado goza de una facultad discrecional para regular el alcance y aplicación del derecho a la nacionalidad, y en particular, determinar las causales y procedimientos de revocatoria de la nacionalidad, esta facultad se encuentra limitada por el respeto y garantía de los derechos de las personas, y en ninguna circunstancia podría justificar actos arbitrarios por parte del Estado en la privación de la nacionalidad<sup>103</sup>. La determinación de quiénes son nacionales está limitada por los deberes estatales de brindar a todas las personas una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación, así como de prevenir, evitar y reducir la apatridia<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párr. 70. Citando a: Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 139.

<sup>103</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párr. 74.

<sup>104</sup> Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 140.



## ECUADOR

### SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

#### Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

**129.** En este marco, esta Corte ha señalado que cualquier procedimiento que afecte el derecho a la nacionalidad, además de respetar las garantías del debido proceso, requiere de un análisis individualizado respecto de los efectos que una decisión podría tener en el individuo, para protegerlo de situaciones como, (i) no poder acceder a nacionalidad alguna, o (ii) quedar en situación migratoria irregular. Es decir, corresponde al Estado verificar que la decisión administrativa no genere que la persona sea apátrida *de facto* o *de jure*, y de ser el caso debe reconocer la protección internacional necesaria de conformidad con los instrumentos internacionales<sup>105</sup>.

**130.** En relación con el derecho a la nacionalidad de las hijas e hijos de personas migrantes, la Corte IDH ha establecido que:

*a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos;*

*b) el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos, y*

*c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron<sup>106</sup>.*

**131.** A criterio de esta Corte, la falta de inscripción del nacimiento afecta a su vez el reconocimiento del derecho a la nacionalidad, como un elemento del derecho a la identidad de las personas, y puede poner a las personas en riesgo de apatridia. El certificado de nacimiento, al ser considerado la primera prueba legal de identidad, recoge además el lugar de nacimiento y el parentesco de una persona, que son informaciones necesarias para establecer la nacionalidad de una persona, con base en el territorio en el que nació o su relación filial, y prevenir la apatridia<sup>107</sup>.

**132.** De conformidad con la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, considerada como la piedra angular del régimen internacional de protección de las personas apátridas y de la cual Ecuador es parte, un apátrida es “*toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación*” (artículo 1). Esta condición se deriva de la falta de nacionalidad, ya sea por la pérdida o privación arbitraria de la nacionalidad, porque una persona no califica para adquirir la nacionalidad con base en la interpretación o aplicación de las leyes de un Estado, así

<sup>105</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párr. 82 y 84.

<sup>106</sup> Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 156.

<sup>107</sup> ACNUR, [Documento de buenas prácticas – Acción 7: Garantizar el registro de nacimientos para prevenir la apatridia](#), 2017, p. 2.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

como por la sucesión de Estados<sup>108</sup>. También puede suceder que a pesar del otorgamiento de una nacionalidad, esta no es efectiva en la práctica<sup>109</sup>.

**133.** La apatridia genera una condición de extrema vulnerabilidad para las personas, de ahí que los Estados tienen el deber de identificar, prevenir y reducir la apatridia, así como proteger a la persona apátrida<sup>110</sup>. La Convención para reducir los casos de apatridia de 1961, de la cual el Ecuador es parte, dispone que los Estados deberán conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida (artículo 1) y prohíbe a los Estados privar de su nacionalidad a una persona si esa privación ha de convertirla en apátrida (artículo 8). En tal sentido, la Corte IDH ha reconocido que los Estados deben abstenerse de adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas<sup>111</sup>.

**134.** Esta Corte toma nota además de las distintas resoluciones e informes del Consejo de Derechos Humanos y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en las que se enfatiza la importancia de la inscripción y registro del nacimiento universal y accesible, y su rol para prevenir la apatridia<sup>112</sup>. El Consejo de Derechos Humanos ha recordado la obligación de los Estados de proceder a la inscripción de los nacimientos sin discriminación de ninguna clase y que la inscripción de los nacimientos debería hacerse inmediatamente después de que se produzcan, en el país en que nazcan las y los niños, incluidos las y los hijos de las personas migrantes, solicitantes de asilo, refugiadas y las apátridas<sup>113</sup>. Asimismo, el principio 27 de los Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de trata de personas, reconoce que entre las medidas para prevenir la apatridia se encuentra la inscripción universal del nacimiento de las hijas e hijos de las personas migrantes<sup>114</sup>. Esta Corte también observa que conforme el

<sup>108</sup> Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 94.

<sup>109</sup> Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 142.

<sup>110</sup> Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 256.

<sup>111</sup> Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 94.

<sup>112</sup> Consejo de Derechos Humanos, Inscripción de los nacimientos y derecho de todo ser humano al reconocimiento en todas partes de su personalidad jurídica, 2013; Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Informe sobre el Fortalecimiento de las políticas y los programas para la inscripción universal de los nacimientos y la elaboración de estadísticas vitales, 2016.

<sup>113</sup> Consejo de Derechos Humanos, [Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 24 de marzo de 2017. Inscripción de los nacimientos y derecho de todo ser humano al reconocimiento en todas partes de su personalidad jurídica](#), 2017, p. 2.

<sup>114</sup> El principio 27 reconoce que, "Los Estados deben adoptar las medidas administrativas, legislativas y judiciales necesarias para erradicar la apatridia, incluyendo medidas de prevención, identificación, protección y reducción, tales como la inscripción universal del nacimiento de los hijos de las personas



## ECUADOR

## SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

## Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)  
Jueza ponente: Daniela Salazar Marín**

Objetivo 4 del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, el Ecuador se comprometió a,

*Fortalecer las medidas para reducir la apatridia, entre otras cosas, registrando los nacimientos de los migrantes, garantizando que tanto las mujeres como los hombres puedan transmitir la nacionalidad a sus hijos y otorgando la nacionalidad a los niños nacidos en el territorio de otro Estado, especialmente en los casos en que, de no hacerlo, el niño sería apátrida, respetando plenamente el derecho humano a la nacionalidad y con arreglo a la legislación interna<sup>115</sup>.*

**135.** Las obligaciones del Estado respecto al derecho a la nacionalidad y la prevención de la apatridia son exigibles al momento del nacimiento de las personas<sup>116</sup> conforme lo dispone el artículo 7 de la CDN y el artículo 24 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). En tal sentido, el Comité de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 24 del PIDCP, estableció que “[l]os Estados están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas (...) para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento”<sup>117</sup>. Asimismo, la Corte IDH señaló que la condición del nacimiento en el territorio de un Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad<sup>118</sup>.

**136.** Los riesgos de apatridia suelen incrementarse en mayor medida en contextos de migración y desplazamientos forzados, ya sea por la falta de documentación entre la población migrante y desplazada, como por la aplicación de normas discriminatorias para obtener la nacionalidad. En el caso de las personas refugiadas y desplazadas internas pueden estar en riesgo de apatridia cuando sus documentos se hayan perdido, dejado atrás o destruidos durante su huida de sus países o lugares de residencia.

**137.** En el caso de las personas migrantes en situación irregular las sanciones migratorias suelen ser un disuasivo de la inscripción de nacimiento de sus hijas e hijos, lo que promueve el riesgo de apatridia de estos últimos, justamente por el temor a ser detenidas y deportadas con base en su condición migratoria<sup>119</sup>. Para evitar esto y garantizar la inscripción de los nacimientos de las niñas y niños nacidos en el contexto de migración, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de

*migrantes, asegurando la igualdad entre mujeres y hombres en lo relativo a transmitir la nacionalidad a sus hijos, especialmente si, de otro modo, el niño o niña sería apátrida”.*

<sup>115</sup> Asamblea General, Naciones Unidas, Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, [Resolución aprobada el 19 de diciembre 2018](#), Objetivo 4, párr. 20 literal e).

<sup>116</sup> Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 258.

<sup>117</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 17 (1989) relativa a los derechos del niño, párr. 8.

<sup>118</sup> Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 156.

<sup>119</sup> ONU, Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, [Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes](#), 2009, párr. 58.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

sus Familiares y el Comité de los Derechos del Niño, ha recomendado que los Estados eliminen los obstáculos jurídicos y prácticos, por ejemplo prohibiendo el intercambio de datos entre quienes prestan servicios de salud o las y los funcionarios encargados del registro civil y las autoridades de inmigración, y no exigiendo a los padres y madres que presenten documentos relativos a su situación migratoria<sup>120</sup>.

- 138.** Una persona se encuentra en riesgo de apatridia si no puede probar que tiene vínculos con un Estado. Si bien la falta de la inscripción o registro del nacimiento no significa por sí sola que una persona es apátrida o incluso que esté en riesgo de apatridia, la falta de la inscripción de nacimiento y la ausencia de un certificado de nacimiento tiene la capacidad de crear tal riesgo. La niña o niño cuyo nacimiento no se inscribe está expuesto a un mayor peligro de apatridia si, por ejemplo, no tiene manera de demostrar su derecho a una nacionalidad y el Estado se niega a reconocerlo como ciudadano<sup>121</sup>.
- 139.** En los casos seleccionados, a pesar de que la Constitución venezolana reconoce el criterio de *ius sanguinis* para adquirir la nacionalidad<sup>122</sup> y en consecuencia, las niñas y niños, hijas e hijos de adolescentes migrantes venezolanos, podrán adquirir la nacionalidad venezolana independientemente de haber nacido en el país; el Estado ecuatoriano tiene la obligación de conceder la nacionalidad ecuatoriana con base en el criterio *ius solis* reconocido en la propia Constitución.
- 140.** Esto, considerando además que para las y los adolescentes migrantes venezolanos, por el contexto de migración forzada, no siempre existe una posibilidad real de inscribir o registrar a sus hijas e hijos en Venezuela<sup>123</sup>. Por ejemplo, las personas migrantes no

<sup>120</sup> Esto es lo que se denomina “cortafuegos”, es decir, “[m]edidas destinadas a separar las actividades de control de la inmigración de la prestación de servicios públicos, el cumplimiento de la legislación laboral y los procesos de justicia penal para proteger a los migrantes, incluidos los migrantes que son víctimas de delitos”. Ver, ACNUDH, [Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad](#), 2018, p. 10; y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y Comité de los Derechos del Niño, Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, párr. 21. Los

<sup>121</sup> ACNUDH, [Informe sobre Mejores prácticas y medidas concretas para garantizar el acceso a la inscripción de los nacimientos, en particular de los niños que se encuentran en mayor situación de riesgo](#), 2018, párr. 25.

<sup>122</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 32, “Son venezolanos y venezolanas por nacimiento: (...) 2. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento y madre venezolana por nacimiento”.

<sup>123</sup> La Corte IDH ha señalado que, “si el Estado no puede tener certeza de que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio obtenga la nacionalidad de otro Estado, por ejemplo la nacionalidad de uno de sus padres por la vía del *ius sanguinis*, aquel Estado conserva la obligación de concederle (*ex lege*, automáticamente) la nacionalidad, para evitar desde el nacimiento una situación de apatridia, de acuerdo con el artículo 20.2 de la Convención Americana. Esta obligación se aplica también en el supuesto de que los padres no puedan (por la existencia de obstáculos de *facto*) registrar a sus hijos en el Estado de su nacionalidad”. Ver, Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas



**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21**  
**(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de**  
**adolescentes migrantes)**  
**Jueza ponente: Daniela Salazar Marín**

siempre pueden cumplir con los requisitos exigidos por los consulados de sus países o los padres o madres solicitantes de asilo quienes, por un temor fundado, no pueden acudir a un consulado. En este sentido, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el Comité de los Derechos del Niño, advierten que las y los niños no inscritos corren especial riesgo de convertirse en apátridas cuando han nacido de padres y madres que se encuentran en una situación migratoria irregular, debido a los obstáculos para adquirir la nacionalidad en el país de origen de sus padres y madres<sup>124</sup>.

- 141.** Si bien la inscripción del nacimiento no confiere siempre la nacionalidad y aquello depende de cada legislación nacional, en el caso de Ecuador la inscripción del nacimiento sí permite el ejercicio del derecho a la nacionalidad. En tal sentido, la inscripción del nacimiento y la posesión de un certificado de nacimiento previene la apatridia en la medida en que en este documento se establece legalmente el vínculo filial del niño o niña, así como el lugar y la hora de su nacimiento, proporcionando así la primera prueba documental de apoyo para confirmar o reclamar el derecho a la nacionalidad<sup>125</sup>. Cuando la legislación nacional permite adquirir la nacionalidad por motivos de ascendencia (*ius sanguinis*), los certificados de nacimiento proporcionan pruebas sobre quiénes son los padres y madres de la niña o niño. Cuando se adquiere la nacionalidad por motivos de nacimiento en el territorio (*ius solis*), los certificados de nacimiento prueban el lugar de nacimiento<sup>126</sup>.
- 142.** En los casos seleccionados, esta Corte observa que la negativa del Registro Civil de inscribir el nacimiento de las niñas y niños, hijas e hijos de las adolescentes migrantes venezolanas, además de vulnerar el derecho a la identidad y la personalidad jurídica, promovió que las niñas y niños se encuentren en riesgo de apatridia, puesto que sin la inscripción y documentación de nacimiento, tendrían mayores obstáculos para probar sus vínculos con el Estado y acceder a una nacionalidad.
- 143.** Esta decisión fue contraria además al principio del interés superior del niño, que de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución y el artículo 3 párrafo 1 de la CDN se debe considerar y tener en cuenta de manera primordial en todas las medidas o decisiones que

Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 261.

<sup>124</sup> Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y Comité de los Derechos del Niño, Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, párr. 21.

<sup>125</sup> UNICEF, [A Passport to Protection: A Guide to Birth Registration Programming](#), 2013, p. 11.

<sup>126</sup> ACNUR, [Documento de buenas prácticas – Acción 7: Garantizar el registro de nacimientos para prevenir la apatridia](#), 2017, pp. 2-3; UNICEF, [A Passport to Protection: A Guide to Birth Registration Programming](#), 2013, p. 42.

38



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

afecten a las niñas, niños o adolescentes, tanto en la esfera pública como en la privada<sup>127</sup>. El fin último del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos de las niñas, niños y adolescentes, así como su desarrollo holístico<sup>128</sup>. Al respecto, la Corte IDH ha establecido que el principio del interés superior se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la CDN<sup>129</sup>.

144. Este Organismo ha señalado que, “*el interés superior exige, cuando se van a tomar medidas que puedan afectar derechos, aplicar el principio de proporcionalidad y ponderar*”<sup>130</sup>. Además, al ponderar los distintos elementos que sirven para evaluar y determinar el interés superior del niño en cada caso, se deberá tener en cuenta su fin último, esto es, garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos de las niñas, niños y adolescentes<sup>131</sup>. Con base en el principio del interés superior, era obligación del Registro Civil, valorar y sopesar las circunstancias específicas en las que se encuentran las adolescentes migrantes solas y sus hijas e hijos<sup>132</sup>, para decidir qué decisión era la más compatible con el ejercicio de sus derechos a la identidad y la personalidad jurídica. Es decir, correspondía realizar la inscripción con base en la información que contaba como el certificado de nacido vivo y los documentos que demostraban la identidad de las y los progenitores adolescentes migrantes, y no negar la inscripción del nacimiento

<sup>127</sup> En la sentencia No. 2691-18-EP/21, la Corte Constitucional reconoció, conforme la Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño, que el interés superior abarca tres conceptos: a) Como derecho sustantivo, el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. b) Como principio jurídico interpretativo fundamental, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. c) Como norma de procedimiento, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) que puede tener para el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requiere garantías procesales

<sup>128</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrs. 4 y 51.

<sup>129</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56.

<sup>130</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párr. 152.

<sup>131</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párr. 142. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 82.

<sup>132</sup> El Comité de Derechos del Niño ha señalado que la actividad de valorar y sopesar todos los elementos pertinentes para tomar una decisión en una determinada situación para una niña, niño o adolescente debe partir de las circunstancias específicas que hacen de las niñas, niños y adolescentes, únicos, tales como: la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad, el contexto social y cultural, entre otros. Ver, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párrs. 48 y 49.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

otorgándoles como única alternativa acudir a las instituciones del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia<sup>133</sup>.

- 145.** Es decir, el Registro Civil debía evaluar si el contexto en el que se encuentran las adolescentes migrantes venezolanas solas en el país le exigía adoptar una decisión distinta a los demás casos de progenitores menores de edad. Ahora bien, de la revisión de los expedientes de instancia y de lo expuesto en la audiencia pública realizada en la presente causa, esta Corte no advierte que el Registro Civil haya considerado en algún punto de la solicitud de inscripción, la situación particular de las adolescentes migrantes solas a quienes les es imposible contar con un representante legal en el país, y se limitó a manifestar que este es un requisito establecido en la norma reglamentaria que no admite excepciones.
- 146.** Justamente el principio del interés superior del niño como norma de procedimiento exige que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a una niña o niño, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o niña<sup>134</sup>. En el presente caso, a juicio de esta Corte, la negativa de inscripción de nacimiento por no contar con un representante legal en el país tiene mayores repercusiones negativas en los derechos de las niñas y los niños, que garantizar su inscripción con base en la documentación disponible, como el certificado de nacido vivo y los documentos que demostraban la identidad de las y los progenitores adolescentes migrantes. De ahí que esta última decisión es la que mejor se ajusta al interés superior puesto que garantiza el disfrute pleno de los derechos a la identidad, personalidad jurídica, inscripción o registro del nacimiento así como nacionalidad de las niñas y niños, que son esenciales para el ejercicio de otros derechos.
- 147.** A criterio de esta Corte, es claro que el Registro Civil no consideró de forma primordial el principio del interés superior al momento de decidir sobre la inscripción del nacimiento de las 8 niñas y niños de los casos seleccionados. Al contrario, su actuación puso en una situación de extrema vulnerabilidad a niñas y niños que son ecuatorianas y ecuatorianos por nacimiento, comprometiendo su derecho a la identidad, personalidad jurídica, nacionalidad, así como el acceso a sus derechos como educación, atención médica y seguridad social, y a la protección especial y reforzada de que son titulares conforme los artículos 35, 44 y 45 de la Constitución.

<sup>133</sup> Con el fin de evaluar y determinar el interés superior del niño se deben seguir, el menos, los siguientes pasos: (i) “determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás”; y (ii) “seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho”, Ver, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 46.

<sup>134</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 6 c).



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

148. El Registro Civil, en ningún momento, dimensionó el alcance de sus acciones y omisiones al negar la inscripción de nacimiento de las 8 niñas y niños de los casos seleccionados y esperar hasta la judicialización de sus casos para garantizar su derecho a la inscripción o registro del nacimiento, poniéndolos incluso en riesgo de apatridia. Es importante enfatizar que la apatridia afecta el goce y ejercicio de distintos derechos como: educación, empleo, bienestar social, vivienda, atención médica, libertad de circulación, libertad contra la detención arbitraria y participación política. Además, la apatridia puede tener graves consecuencias como comunidades que están aisladas y marginadas; y en los peores casos, puede incluso conducir a conflictos y causar mayores desplazamientos.

149. Con el fin de prevenir la apatridia y garantizar que las hijas e hijos de personas migrantes en el país sean inscritos inmediatamente luego de su nacimiento, esta Corte Constitucional considera que la inscripción del nacimiento debe ser libre, asequible y no discriminatorio, y debe responder a las circunstancias específicas de las familias en situaciones de desplazamiento y migración forzada. En el caso de niñas y niños nacidos de padres y madres extranjeros o apátridas, personas refugiadas, migrantes, solicitantes de asilo y personas internamente desplazadas, deben poder obtener un certificado de nacimiento independientemente de la nacionalidad, la condición migratoria y la residencia de sus padres<sup>135</sup>.

150. En consecuencia, la falta de inscripción del nacimiento de las niñas y niños cuyos progenitores son adolescentes, por no estar acompañadas de un representante legal, también vulnera los derechos de las niñas y niños a la nacionalidad y los puede llegar a poner en riesgo de apatridia.

#### **4.2.3. El derecho a la igualdad y no discriminación de las madres adolescentes migrantes**

151. El artículo 3 numeral 1 de la Constitución prescribe como uno de los deberes del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos, y los artículos 11 numeral 2 y 66 numeral reconocen el principio y derecho a la igualdad y no discriminación. En la sentencia No. 1894-10-JP/20, la Corte Constitucional reconoció que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación es una norma de *jus cogens* y un derecho autónomo<sup>136</sup>.

152. El principio y derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra reconocido en una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos, siendo especialmente relevantes para los casos en revisión, la CTM y la CDN, que en sus artículos 7 y 2 numeral 1 respectivamente, reconocen que los Estados deben respetar y garantizar los derechos de las personas migrantes y sus familiares, así como de las niñas, niños y adolescentes sin distinción alguna.

<sup>135</sup> ACNUR, [Nota informativa sobre Protección Infantil: Registro de nacimiento](#), 2013.

<sup>136</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1849-10-JP/20 de 4 de marzo de 2020, párr. 38.



## ECUADOR

### SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

#### Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

- 153.** En el presente caso, la representante del Registro Civil manifestó en la audiencia pública de 10 de junio de 2021 que el artículo 24 del Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, al establecer el requisito de contar con un representante legal que autorice la inscripción del nacimiento de las niñas y niños con progenitores menores de edad, no hace una distinción entre niñas y niños de progenitores nacionales menores de edad y, niñas y niños de progenitores migrantes menores de edad; y tampoco entre adolescentes nacionales y adolescentes migrantes. En este sentido, el requisito de contar con un representante legal que autorice la inscripción del nacimiento de las niñas y niños con progenitores menores de edad se aplicaría a las adolescentes en general, independientemente de su origen nacional o condición migratoria, y a sus hijas e hijos nacidos en el país.
- 154.** Ahora bien, esta Corte Constitucional ha reconocido que la discriminación puede darse de forma tanto directa como indirecta, y ha advertido que la discriminación está prohibida tanto en las normas que apruebe un Estado como en su aplicación<sup>137</sup>. Por una parte, la discriminación directa se materializa cuando existe un trato desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra, en circunstancias comparables. Este trato desfavorable, a través de una práctica o norma, tiene como efecto consecuencias jurídicas distintas para dos personas que se encuentra en una situación análoga<sup>138</sup>.
- 155.** Por otro lado, la discriminación indirecta se observa en aquellos casos en los que si bien, a primera vista, la práctica o norma aplicada al caso y que genera consecuencias jurídicas distintas es neutral, su impacto en un grupo de personas determinado podría generar una consecuencia igualmente discriminatoria<sup>139</sup>. En este sentido, la Corte IDH ha determinado que el derecho internacional de los derechos humanos *“no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquellas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aun cuando no se pueda probar la intención discriminatoria”*<sup>140</sup>.
- 156.** A criterio de este Organismo, aunque la exigencia de contar con un representante legal que autorice la inscripción del nacimiento, en aplicación del artículo 24 del Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, es en apariencia neutral, y se aplica de forma general a todas las adolescentes y no de forma diferenciada con base en su nacionalidad o condición migratoria; al mismo tiempo, tiene un efecto desproporcionado y perjudicial para las adolescentes migrantes solas y sus hijas e hijos nacidos en el país. Como se ha enfatizado a lo largo de esta sentencia, las y los adolescentes migrantes no acompañados, por su realidad y contexto de migración, no tienen posibilidad de contar con un representante legal en el país que autorice la inscripción de sus hijas e hijos. Es así como de los seis casos seleccionados, los padres

<sup>137</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 751-15-EP/21 de 17 de marzo de 2021, párr. 71.

<sup>138</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1849-10-JP/20 de 4 de marzo de 2020, párr. 52.

<sup>139</sup> Id., párrs. 52-53.

<sup>140</sup> Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 234.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

y madres de las adolescentes migrantes o bien se quedaron en Venezuela o migraron a otros países como Colombia.

157. En este punto es necesario señalar que en virtud del principio y derecho a la igualdad y no discriminación, al regular los procedimientos de inscripción y registro del nacimiento como mecanismos principales para el reconocimiento de derechos como el nombre o la nacionalidad, el Estado no solo debe abstenerse de producir regulaciones discriminatorias sino además evitar producir regulaciones que tengan efectos discriminatorios<sup>141</sup>, como sería la exigencia de un requisito de cumplimiento imposible que afecta a un grupo particular de personas.

158. De ahí que, a pesar de que la exigencia de contar con un representante legal que autorice la inscripción del nacimiento establecida en el Reglamento en cuestión no estaba dirigida específicamente a generar una distinción entre las madres adolescentes, este Organismo considera que por su impacto negativo en un grupo específico de personas, su aplicación por el Registro Civil genera una situación de discriminación en contra de las adolescentes migrantes y sus hijas e hijos nacidos en el país. Esta Corte Constitucional ya ha señalado que sin perjuicio de las normas vigentes al momento de los hechos, la aplicación de estas no puede dar lugar a la existencia de tratos discriminatorios<sup>142</sup>.

159. Adicionalmente, más allá de la discriminación indirecta en contra de las madres adolescentes migrantes al exigir un requisito de cumplimiento imposible para inscribir a sus hijas e hijos, esta Corte no puede dejar de observar la incoherencia que se produce cuando la propia legislación en materia civil y en niñez y adolescencia reconoce la capacidad jurídica de las y los adolescentes para ciertos actos, por ejemplo: demandar la prestación del derecho de alimentos a favor de sus hijas e hijos (artículo 6 del CONA); celebrar contratos, incluidos contratos de trabajo (artículo 65 del CONA); proponer acciones administrativas de protección de derechos ante la Junta Cantonal de Protección de Derechos o la acción judicial de protección ante la jueza o juez de la Niñez y Adolescencia (artículos 236 y 265 del CONA); así como ejercer de forma directa acciones judiciales para la protección de sus derechos (artículos 65 del CONA y 31 del Código Orgánico General de Procesos); pero no así las normas reglamentarias aplicadas por el Registro Civil para inscribir el nacimiento de sus hijas e hijos.

160. En este marco, es importante enfatizar que la condición etaria de las y los adolescentes no puede ser un factor de discriminación y/o determinante para el ejercicio pleno de sus

<sup>141</sup> Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 264.

<sup>142</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1290-18-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párrs. 132-133; sentencia No. 1416-16-EP/21 de 6 de octubre de 2021, párr. 36 y 40; sentencia No. 1894-10-JP/20 de 4 de marzo de 2020, párr. 55-56.



**ECUADOR**

**SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS**

**Jurisprudencia**



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

derechos<sup>143</sup>. Las y los adolescentes ejercen sus derechos de manera progresiva conforme el desarrollo de sus facultades y autonomía progresiva. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha definido que la evolución de las facultades es *“un principio habilitador que aborda el proceso de maduración y aprendizaje por medio del cual los niños adquieren progresivamente competencias, comprensión y mayores niveles de autonomía para asumir responsabilidades y ejercer sus derechos”*<sup>144</sup>. Esto quiere decir que las y los adolescentes ejercen niveles cada vez mayores de responsabilidad conforme su capacidad, madurez y desarrollo progresivo de sus facultades, lo cual influye en la realización y ejercicio de sus derechos.

**161.** Si bien este Organismo reconoce que a diferencia de las personas adultas que pueden ejercer de forma personal y directa sus derechos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial, las niñas, niños y adolescentes no poseen esta capacidad plena de ejercicio, en la medida en que, en general, se hallan sujetos a la autoridad parental, la tutela o representación; todas y todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana conforme lo reconoce el artículo 45 de la Constitución y la jurisprudencia de esta Corte Constitucional<sup>145</sup>.

**162.** Así como la propia legislación civil en materia civil y en niñez y adolescencia reconoce la capacidad de las madres adolescentes para ejercer actos relativos a la filiación, la norma reglamentaria podría reconocer la capacidad de las adolescentes para inscribir el nacimiento de sus hijas e hijos de forma directa sin exigir la autorización de un representante legal. Esta Corte ya ha señalado que toda decisión adoptada a nombre de una o un adolescente que no considere su grado de autonomía y desarrollo progresivo de sus facultades, y obvie su punto de vista en asuntos que le conciernen, aun cuando la persona adolescente está en plena capacidad de decidir por sí misma, afecta gravemente su autonomía y su calidad como sujeto pleno de derechos<sup>146</sup>. De ahí que, conforme se dijo en secciones anteriores de esta sentencia, tampoco es una solución que las madres adolescentes que no puedan o no quieran contactar a sus progenitores o familiares se vean obligadas a solicitar medidas de protección ante las Juntas Cantonales de Protección de derechos o activar procesos judiciales para poder garantizar el derecho a la inscripción o registro del nacimiento de sus hijas e hijos.

<sup>143</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, párr. 5; Observación General N° 1 (2009) el derecho del niño a ser escuchado, párr. 29.

<sup>144</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7 (2005) relativa a la realización de los derechos del niño en la primera infancia, párr. 17; y Observación General N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, 6 de diciembre de 2016, párr. 18; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 46.

<sup>145</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 29. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 44.

<sup>146</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 456-20-JP/21 de 10 de noviembre de 2021, párr. 61.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

**163.**A criterio de este Organismo, las y los adolescentes no pueden ser tratados como personas incapaces o incompetentes para ejercer sus derechos y tomar decisiones, y mucho menos, para garantizar la inscripción del nacimiento de sus hijas e hijos, educarlos y criarlos. El Comité de los Derechos del Niño ha reconocido que la adolescencia puede ser en sí misma un motivo de discriminación, por ejemplo, cuando las y los adolescentes son tratados como si fueran incompetentes o incapaces de tomar decisiones sobre sus vidas. En tal sentido, recomendó a los Estados parte de la CDN adoptar medidas para reducir o eliminar las condiciones que generen discriminación directa o indirecta contra cualquier grupo de adolescentes por cualquier motivo<sup>147</sup>.

**164.**En consecuencia, la exigencia de contar con un representante legal para inscribir el nacimiento de sus hijas e hijos discrimina de forma indirecta a las madres adolescentes migrantes, desconociendo además su calidad de sujetos de derechos y su autonomía progresiva y desarrollo de facultades para tomar decisiones y ejercer derechos.

**4.2.4. El derecho a la protección a la familia y el derecho de las adolescentes migrantes a ser escuchadas y a que su opinión sea seriamente considerada**

**165.**En relación con el derecho a la protección a la familia, el artículo 67 de la Constitución establece que “[s]e reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines”. Asimismo, el artículo 45 reconoce el derecho de las niñas, niños y adolescentes a tener una familia. Por su parte, varios instrumentos internacionales de derechos humanos, que son parte del bloque de constitucionalidad, reconocen que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad que requiere protección por parte del Estado, así como el derecho de toda persona a constituir una familia<sup>148</sup>.

**166.**En lo referente a los derechos de las personas migrantes, la CTM reconoce en su artículo 44 la obligación del Estado de adoptar medidas para asegurar la protección de la unidad de la familia. Asimismo, los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, en su Principio 32, determinan que toda familia migrante debe ser protegida sin exclusión alguna con base en distintos factores de discriminación de cualquiera de los progenitores, puesto que no existe un modelo único de familia.

**167.**En los casos que nos ocupan, esta Corte observa que la falta de inscripción del nacimiento afecta el goce y ejercicio efectivo del derecho a la protección a la familia,

<sup>147</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, párr. 21.

<sup>148</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, artículo VI; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 17; Protocolo de San Salvador, 1988, artículo 15; Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, artículo 16; PIDCP, 1966, artículo 23; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 1966, artículo 10.



## ECUADOR

## SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

## Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

en la medida en que las niñas y niños no cuentan con un certificado de nacimiento en el que se reconozca legalmente su procedencia o los vínculos familiares con sus progenitores. La no inscripción del nacimiento no solo hace invisible a una niña o niño ante el Estado, sino que hace invisible a un tipo de familia que requiere protección estatal conforme la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos citados.

- 168.** Entre los diversos tipos de familia que reconoce el artículo 67 de la Constitución se encuentran las familias monoparentales<sup>149</sup> o las parejas que no han contraído matrimonio o se encuentran en unión de hecho, y sus hijos<sup>150</sup>. De ahí que las adolescentes migrantes, solas o con sus parejas, y sus hijas e hijos nacidos en el exterior o en el país, son una familia que requiere protección por parte del Estado. Esta protección empieza, por ejemplo, a través de la inscripción del nacimiento de sus hijas e hijos nacidos en Ecuador y el reconocimiento legal y oficial de sus vínculos familiares a través de la emisión de un certificado de nacimiento. De lo contrario, se está dejando a un tipo de familia en una situación de desprotección frente a los derechos y servicios sociales que podría acceder en dicha calidad.
- 169.** A criterio de esta Corte, en la medida en que el procedimiento administrativo de inscripción del nacimiento tiene incidencia en los derechos de las madres adolescentes migrantes, incluyendo el derecho a la protección a la familia, es necesario que el Registro Civil garantice su derecho a ser escuchadas durante todo el procedimiento.
- 170.** Uno de los principios rectores de la CDN es el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y a que su opinión sea seriamente valorada. El artículo 12 de la CDN dota de características particulares al derecho de las niñas, niños y adolescentes a expresar su opinión, y establece que:

*1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente **en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.***

*2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, **en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.** (el énfasis es propio)*

<sup>149</sup> Ver, Corte Constitucional del Ecuador, dictamen No. 8-09-IC/21 de 18 de agosto de 2021, párr. 29, 32-33

<sup>150</sup> Ver, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 19 (1990) sobre la protección a la Familia, el Derecho al Matrimonio y la Igualdad de los Esposos (artículo 23); Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 16 (1988) sobre el derecho a la intimidad (artículo 17); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General N° 21 (1994), sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares; Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 7 (2005) sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21**  
**(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de**  
**adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

171. En relación con la obligación contenida en el numeral 1 del artículo citado, el Comité de Derechos del Niño ha reconocido que esta se compone de dos elementos: (i) asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño y niña sobre todos los asuntos que le afectan, (ii) y tener debidamente en cuenta esas opiniones de acuerdo con su edad y madurez<sup>151</sup>.
172. Respecto al primer elemento es importante mencionar que cuando la CDN se refiere a ser escuchado *en todos los asuntos que le afecten* se abre un abanico de posibles escenarios en los que deben ser escuchadas las niñas, niños y adolescentes, y estos no deben estar necesariamente explícitos en la Convención. A criterio de esta Corte, siempre que la opinión y perspectiva de las niñas, niños y adolescentes pueda aumentar la calidad de las decisiones, es necesario que se garantice su derecho a ser escuchadas<sup>152</sup>. Por otra parte, el segundo elemento de *tener debidamente en cuenta las opiniones en función de su edad y madurez*, se refiere a la capacidad de la niña o niño que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones, así como para comunicarle el efecto o la influencia de dichas opiniones en las decisiones o resultado de un determinado proceso. De ahí que el proceso de escucha no se limita a oír a las niñas, niños o adolescentes, sino que se debe garantizar que sus opiniones sean consideradas seriamente en el proceso a partir de la capacidad de la niña o niño de formarse un juicio propio<sup>153</sup>.
173. En cuanto al numeral 2 del artículo 12 de la CDN, el elemento *en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño* es aplicable a todos los procedimientos de esa naturaleza sin limitaciones<sup>154</sup>, e incluye los procedimientos iniciados tanto por las niñas, niños o adolescentes como por otras personas<sup>155</sup>.
174. En la sentencia No. 2691-18-EP/21, esta Corte Constitucional reconoció que las niñas, niños y adolescentes están dotados de capacidad para formar sus propias opiniones y tienen derecho a expresarlas en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que les afecte. Asimismo determinó que es obligación de toda autoridad judicial o

<sup>151</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (artículo 12), párr. 19.

<sup>152</sup> El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que, “*la práctica, incluida la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, demuestra que una interpretación amplia de los asuntos que afectan al niño y a los niños contribuye a incluir al niño en los procesos sociales de su comunidad y su sociedad*”. Ver, Observación General N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (artículo 12), párr. 27.

<sup>153</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (artículo 12), párr. 28.

<sup>154</sup> Procesos judiciales como “*cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias*”, y procedimientos administrativos como “*decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño*”. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (artículo 12), párr. 32.

<sup>155</sup> Id., párr. 29.

**ECUADOR****SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS****Jurisprudencia**

**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

administrativa que dirige un proceso o procedimiento en que se discuta y cuya decisión tenga un impacto en los derechos de las niñas, niños y adolescentes, escuchar y considerar seriamente la opinión de las niñas, niños y adolescentes en función de su edad, madurez y desarrollo evolutivo. El derecho a expresar su opinión sin influencias o presiones indebidas también implica que las niñas, niños y adolescentes puedan decidir no querer ser escuchados<sup>156</sup>.

- 175.** En los casos seleccionados, este Organismo observa que el Registro Civil, a través de sus funcionarias y funcionarios en los distintos hospitales públicos, en ningún momento escuchó a las adolescentes migrantes venezolanas, y tampoco consideró seriamente su opinión sobre la imposibilidad de contar con un representante legal en el país, previo a tomar la decisión de negar la inscripción del nacimiento de sus hijas e hijos. Al contrario, las y los funcionarios del Registro Civil se limitaron a negar la inscripción del nacimiento con base en lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, sin analizar las circunstancias individuales y el contexto de las adolescentes migrantes y sus hijas e hijos.
- 176.** Esta Corte Constitucional ha señalado que se debe dar por supuesto que toda niña, niño o adolescente tiene la capacidad para formarse sus propias opiniones y expresarlas. En esa medida, no les corresponde a las niñas, niños o adolescentes probar que tienen dicha capacidad. Al contrario, es el Estado quien está obligado a generar las condiciones necesarias para garantizar este derecho y así evaluar su capacidad para formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible<sup>157</sup>. De ahí que cualquier decisión que se tome sin escuchar a las y los adolescentes en asuntos que les afecte carece de validez<sup>158</sup>.
- 177.** La edad, por sí sola, no puede determinar la trascendencia de las opiniones de las niñas, niños y adolescentes puesto que sus niveles de comprensión no van ligados de forma uniforme a su edad biológica. Existen otros factores como *“la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo”* que contribuyen al desarrollo de la capacidad de las niñas, niños y adolescentes para formarse una opinión<sup>159</sup>.
- 178.** En consecuencia, a criterio de esta Corte, en el caso particular, era necesario que el Registro Civil evalúe el contexto en el que se encuentran las y los adolescentes migrantes venezolanas solas en Ecuador, las escuche y considere seriamente su opinión, previo a tomar cualquier decisión sobre la inscripción de nacimiento de sus hijas e hijos.

<sup>156</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párrs. 43-44, 52-53

<sup>157</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 29. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (artículo 12), 20 de julio de 2009, párr. 20.

<sup>158</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 55.

<sup>159</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (artículo 12), párr. 29.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

\*  
\*      \*

**179.** Con base en las consideraciones anteriores, la Corte Constitucional concluye que la negativa de inscripción del nacimiento de niñas y niños cuyos progenitores son adolescentes migrantes solos por no contar estos últimos con un representante legal en el país, es contraria a los derechos a la identidad, personalidad jurídica, a la inscripción o registro del nacimiento y a la nacionalidad de las niñas y niños, a la igualdad y no discriminación, a la protección familiar y al derecho a ser escuchadas de las madres adolescentes migrantes.

**180.** Ahora bien, más allá de las vulneraciones de derechos identificadas en contra de las niñas y niños, y las madres adolescentes migrantes, llama la atención de esta Corte que la principal justificación del Registro Civil para negar la inscripción del nacimiento de las niñas y niños, hijas e hijos de progenitores menores de edad, es que la autorización de un representante legal de las adolescentes es un requisito que se encuentra en la norma reglamentaria que debe ser aplicada obligatoriamente por el Registro Civil. En la audiencia pública celebrada en la presente causa, la representante del Registro Civil manifestó que “... como servidores públicos al amparo de la Constitución de la República, artículo 226, sólo podemos ejercer las competencias y las facultades que nos son atribuidas en la Constitución y en la ley”.

**181.** Sobre esto, es preciso señalar que de acuerdo con los principios constitucionales reconocidos en el artículo 11 de la Constitución, para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley, y las servidoras y servidores públicos, como es el Registro Civil, están obligados a aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan la efectiva vigencia de los derechos. De ahí que el Registro Civil no puede pretender aplicar una norma reglamentaria que implique la imposición de condiciones o requisitos que no sólo no están establecidos en la ley, como la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civil o del propio Código de la Niñez y Adolescencia como norma rectora de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sino que además desconocen la calidad de sujetos de derechos de las niñas, niños y adolescentes y afectan el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

**182.** En tal sentido, esta Corte Constitucional observa con preocupación que a pesar de los casos de niñas y niños de progenitores adolescentes que no han podido ser inscritos y pese a que el propio Registro Civil reconoció que las y los adolescentes son sujetos de derechos y que la adolescencia es “un proceso de crecimiento que no implica ser vulnerable sino sujetos de pleno derecho con garantías especiales para reconocer y proteger su igualdad y desarrollo”<sup>160</sup>, este no ha procedido a adoptar medidas para evitar que se continúen perpetuando las vulneraciones de derechos identificadas a través

<sup>160</sup> Intervención de la representante de Registro Civil en la audiencia pública de 10 de junio de 2021.

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

de la exigencia de un requisito de cumplimiento imposible para las madres adolescentes migrantes, y que además está establecido en un reglamento.

**183.** Esta Corte Constitucional recuerda que de conformidad con el artículo 226 de la Constitución, las instituciones del Estado no solo están obligadas a ejercer las competencias y facultades atribuidas en la ley, sino además tienen el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos constitucionales. En este sentido, esta Corte considera que para evitar que las vulneraciones de derechos en contra de las niñas y niños, hijas e hijos de adolescentes migrantes, se repitan y considerando tanto el deber de coordinación interinstitucional como la obligación de adecuación normativa contenida en el artículo 84 de la Constitución, corresponde al Registro Civil coordinar las acciones necesarias con la Presidencia de la República, como autoridad que emitió el Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, para garantizar que el artículo 24 de dicho Reglamento se adecúe al contenido y alcance de los derechos a la identidad, personalidad jurídica, a la inscripción o registro del nacimiento, la nacionalidad, la igualdad y no discriminación, a la protección familiar y al derecho a ser escuchados desarrollados en la presente sentencia.

**184.** Por las graves consecuencias que trae consigo la falta de inscripción de nacimiento, esta Corte advierte al Registro Civil que hechos similares a estos no pueden volver a ocurrir y que además de coordinar acciones para adecuar el contenido del artículo 24 del Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles con los derechos referidos, es su obligación adecuar su normativa interna, prácticas y procedimientos internos, como el "Procedimiento de Inscripción o Registro de Nacimientos PRO-GRC-IRN-001" de octubre de 2020, conforme los parámetros y criterios vinculantes desarrollados en la presente sentencia con el fin de garantizar la inscripción del nacimiento de todas las niñas y niños sin distinción alguna, sin la necesidad de que las madres adolescentes que no cuentan con un representante legal tengan que acudir al Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia para el reconocimiento de los derechos de las niñas y niños.

## 5. Reparaciones

**185.** Con el fin de que las vulneraciones de derechos identificadas a partir de los casos seleccionados no se vuelvan a repetir y que esta sentencia tenga efectos transformativos en los derechos de las adolescentes en general, nacionales o migrantes, y de sus hijas e hijos nacidos en el país, esta Corte Constitucional considera necesario ordenar como garantía de no repetición, en primer lugar, que el Registro Civil coordine acciones con la Presidencia de la República para adecuar el artículo 24 del Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, así como adecuar con el acompañamiento de la DPE su normativa y procedimientos internos, en particular, el "Procedimiento de Inscripción o Registro de Nacimientos PRO-GRC-IRN-001" de octubre de 2020, y otros relacionados con la inscripción de nacimiento de niñas y niños



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21**  
**(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de**  
**adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

cuyos progenitores son personas menores de edad y que no cuentan con un representante legal en el país.

- 186.** Para adecuar tanto el artículo 24 del Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles como la normativa interna del Registro Civil, se deberá tener en cuenta los siguientes parámetros mínimos: (i) Las inscripciones de nacimiento tienen que realizarse inmediatamente después del parto con el fin de precautar el derecho a la identidad; (ii) La exigencia de requisitos para la inscripción del nacimiento como es el acompañamiento o la autorización de un representante legal de la madre adolescente, o en su defecto, la actuación de una institución del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es contrario a los derechos de las adolescentes; (iii) El certificado de nacido vivo y cualquier documento que demuestre la identidad de las y los progenitores serán suficientes para inscribir el nacimiento de las niñas y niños; (iv) Se debe considerar la condición de sujetos de derechos de las madres adolescentes y su capacidad para decidir sobre la inscripción del nacimiento de sus hijas e hijos con base en su autonomía progresiva y desarrollo de facultades; y (v) La condición migratoria de las madres adolescentes no es un impedimento para la inscripción de sus hijas e hijos.
- 187.** Mientras el Registro Civil coordina acciones con la presidencia de la República y adecúa su normativa y procedimientos internos, no se podrá exigir como requisito para la inscripción del nacimiento la autorización de un representante legal de la madre adolescente ni la actuación de una institución del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, ni mucho menos la activación de acciones judiciales como la acción de protección. Para garantizar la inscripción de nacimiento será suficiente el certificado de nacido vivo y cualquier documento que demuestre la identidad de las y los progenitores. En el caso de que los progenitores adolescentes carezcan de documento alguno que demuestre su identidad, el Registro Civil informará sobre el caso a la DPE para que esta active las acciones necesarias en el marco de sus facultades, entre las que pueden incluirse solicitudes de información a las embajadas o consulados en el caso de las adolescentes migrantes, siempre que aquello no las ponga en riesgo posibles necesidades de protección internacional.
- 188.** En relación con la exigencia de documentos originales, esta Corte considera necesario enfatizar que, conforme el artículo 21 numeral 2 de la Ley para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos<sup>161</sup> y con el evitar dilaciones en la gestión pública generadas por la exigencia de documentos que entre instituciones públicas debe ser

<sup>161</sup> Ley para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, 2018, artículo 21.- Del uso obligatorio de los datos del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. - Sin perjuicio de lo establecido en la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, todas las entidades reguladas por esta Ley deberán utilizar obligatoriamente la información que reposa en: (...) 2. El Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, para lo cual deberán cumplir con el trámite establecido en la ley que lo regula y demás normativa pertinente. Para el efecto, dichas entidades tienen la obligación de integrar los registros y bases de datos que estén a su cargo al Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos en el plazo y con las formalidades requeridas por la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y la entidad que presida el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.



## ECUADOR

### SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

#### Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)  
Jueza ponente: Daniela Salazar Marín**

manejada a través del enlazamiento de los sistemas informáticos, el Registro Civil no podrá exigir documentación para garantizar la inscripción del nacimiento que debería constar en el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

- 189.** En segundo lugar, como medidas de satisfacción, este Organismo estima pertinente que el Registro Civil, la DPE, la DP y el Consejo de la Judicatura efectúen una amplia y generalizada difusión de la presente sentencia y la publiquen en sus sitios web institucionales.
- 190.** En este punto, esta Corte Constitucional considera necesario enfatizar que las decisiones de este organismo son de cumplimiento obligatorio conforme manda el artículo 440 de la Constitución y que ante su incumplimiento la Corte puede llegar a imponer las sanciones establecidas en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución<sup>162</sup>. Tanto en los casos objeto de esta sentencia de revisión como en otras oportunidades<sup>163</sup>, esta Corte ha observado la desidia del Registro Civil al momento de cumplir con las decisiones constitucionales. De ahí que esta Corte Constitucional considera necesario advertir al director general del Registro Civil que si no cumple con la presente sentencia de forma integral o lo hace de forma defectuosa a través, por ejemplo, de la imposición de mayores obstáculos para el registro de las niñas y niños de progenitores menores de edad, esta Corte se reserva su facultad de activar el procedimiento correspondiente para aplicar la sanción prevista en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución de la República.
- 191.** Por último, esta Corte Constitucional no puede dejar de valorar positivamente la determinación de las madres adolescentes para obtener la inscripción del nacimiento de sus hijas e hijos, así como para criarlas y educarlos en un país extranjero en el que predomina un ambiente de hostilidad hacia las personas en situación de movilidad humana; la actuación de la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública, las Juntas Cantonales y Metropolitanas de Protección de Derechos, las distintas organizaciones de sociedad civil, que acompañaron a las y los adolescentes migrantes venezolanas; así como las juezas y jueces constitucionales que tutelaron los derechos de las niñas y niños y las madres adolescentes migrantes, y dispusieron la inscripción inmediata de nacimiento así como otras medidas de reparación integral.

## 6. Conclusiones

- 192.** A la luz de lo anterior, con base en su atribución conferida en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República, esta Corte reitera los principales criterios vertidos en esta sentencia y que deberán ser tenidos en cuenta tanto por las autoridades

<sup>162</sup> Constitución de la República, artículo 86.- “(...) 4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley”.

<sup>163</sup> Ver, por ejemplo, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 603-12-JP/19 y acumulados de 5 de noviembre de 2021; Corte Constitucional del Ecuador, auto de inicio de fase de seguimiento No. 1692-12-EP/21 de 13 de octubre de 2021.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

administrativas como judiciales, sin perjuicio del carácter vinculante del precedente constitucional. Se enfatiza al Registro Civil que la presente sentencia tiene efectos *erga omnes* y es de cumplimiento obligatorio conforme el artículo 440 de la Constitución:

- a) El requisito de contar con un representante legal que autorice la inscripción del nacimiento de las niñas y niños con progenitores menores de edad es un requisito de cumplimiento imposible para las madres adolescentes migrantes solas. El sistema de inscripción de nacimientos debe adecuarse a la realidad de las adolescentes migrantes solas en el país y considerar el certificado de nacido vivo y los documentos que demuestren la identidad de las y los progenitores suficientes para inscribir el nacimiento de las niñas y niños.
- b) La inscripción del nacimiento garantiza el derecho a la identidad de las niñas y niños en la medida en que a partir de su nacimiento, cuenten con un nombre que los identifique de forma individual, un registro de su lugar y fecha de nacimiento que es útil para el reconocimiento de su nacionalidad, y un registro de sus vínculos familiares para establecer su relación de filiación con sus progenitores; así como el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica puesto que permite reconocer la capacidad jurídica de las personas de ejercer derechos y contraer obligaciones.
- c) El derecho a la inscripción o registro del nacimiento garantiza que se inscriba el nacimiento de una niña o niño inmediatamente después de su nacimiento y se proceda a registrar de forma permanente y oficial su existencia, reconociendo jurídicamente su identidad, al menos, a través de un nombre, lugar y fecha de nacimiento y vínculos familiares con sus progenitores.
- d) La falta de un certificado de nacimiento hace invisible a una niña o niño ante el Estado, no solo estadísticamente sino que en la práctica obstaculiza el ejercicio de varios derechos y el acceso a servicios tan básicos como educación, salud y protección. También expone a las niñas y niños a un riesgo mayor de violaciones a sus derechos, a través de prácticas como matrimonio forzado, entrar en el mercado laboral de manera precoz, o reclutamiento en grupos armados.
- e) La falta de inscripción del nacimiento afecta a su vez el reconocimiento del derecho a la nacionalidad, como un elemento del derecho a la identidad de las personas, y puede poner a las personas en riesgo de apatridia. Cuando la legislación nacional permite adquirir la nacionalidad por motivos de ascendencia (*ius sanguinis*), los certificados de nacimiento proporcionan pruebas sobre quiénes son los padres y madres de la niña o niño. Cuando se adquiere la nacionalidad por motivos de nacimiento en el territorio (*ius solis*), los certificados de nacimiento prueban el lugar de nacimiento.
- f) Las y los adolescentes ejercen sus derechos de manera progresiva y conforme el desarrollo de sus facultades y autonomía personal, y tienen la capacidad para

53

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21**  
**(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de**  
**adolescentes migrantes)**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

expresar sus opiniones y decidir sobre la inscripción del nacimiento de sus hijas e hijos.

### 7. Decisión

**193.** La Corte Constitucional, conforme lo dispuesto en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución y el artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, resuelve:

- 1. Ordenar** al director general del Registro Civil, Identificación y Cedulación que, en el plazo de tres meses de notificada la presente sentencia y con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo: (i) coordine acciones con la Presidencia de la República para adecuar el artículo 24 del Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles; y (ii) adecúe su normativa interna relacionada con la inscripción de nacimiento de niñas y niños cuyos progenitores son personas menores de edad, en particular, el "Procedimiento de Inscripción o Registro de Nacimientos PRO-GRC-IRN-001", conforme el contenido de la presente sentencia y lo dispuesto en los párrafos 181-184 y 185-188 *ut supra*. El director general, en el mismo plazo de tres meses, deberá informar a la Corte Constitucional sobre el cumplimiento de la presente medida.
- 2. Disponer** al Registro Civil, la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública y el Consejo de la Judicatura efectuar una amplia y generalizada difusión del contenido de la presente sentencia mediante oficio dirigido a todas las y los funcionarios encargados de la inscripción del nacimiento de niñas y niños; al personal encargado del patrocinio de causas; a las y los defensores públicos; y a las juezas y jueces con competencia en garantías jurisdiccionales, respectivamente. Esta difusión deberá realizarse en el plazo máximo de 15 días contados a partir de la notificación de la presente sentencia y en el mismo plazo deberán informar a esta Corte de forma documentada sobre su cumplimiento.
- 3. Disponer** al Registro Civil, la Defensoría del Pueblo, la Defensoría Pública y el Consejo de la Judicatura publicar el contenido de la presente decisión en sus sitios web institucionales durante tres meses consecutivos contados desde su notificación. Las referidas instituciones deberán informar a esta Corte de forma documentada el cumplimiento de esta disposición dentro del plazo máximo de 10 días posteriores a los tres meses señalados.
- 4. Advertir** al director general del Registro Civil que las medidas dispuestas en esta sentencia deben ser ejecutadas integralmente, bajo prevenciones de aplicación de la sanción prevista en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución de la República.



**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 2185-19-JP Y ACUMULADOS

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2185-19-JP y acumulados/21  
(Inscripción del nacimiento de hijas e hijos de  
adolescentes migrantes)**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

5. **Devolver** los expedientes de los distintos procesos a las judicaturas de origen con el fin de que continúen ejecutando las sentencias constitucionales conforme el artículo 21 de la LOGJCC hasta verificar su cumplimiento integral.
6. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

DANIELA  
SALAZAR  
MARIN

Digitally signed by  
DANIELA SALAZAR  
MARIN  
Date: 2021.12.03  
14:27:18 -05'00'

Daniela Salazar Marín  
**PRESIDENTA (S)**

**Razón:** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con ocho votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez y Daniela Salazar Marín; sin contar con la presencia del Juez Constitucional Hernán Salgado Pesantes; en sesión ordinaria de miércoles 01 de diciembre de 2021.- Lo certifico.

AIDA  
SOLEDAD  
GARCIA  
BERNI

Firmado  
digitalmente  
por AIDA  
SOLEDAD  
GARCIA BERNI

Dra. Aída García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**



**ECUADOR**  
CASO 2195-19-EP  
Fallos Remitidos

## FALLO REMITIDO

<b>País</b>	Ecuador
<b>Tribunal</b>	Corte Constitucional del Ecuador
<b>Materia</b>	Constitucional
<b>Intervino la defensa pública oficial</b>	N/A
<b>Datos del defensor/a público</b>	N/A
<b>Derechos involucrados</b>	Derecho al debido proceso, derecho a la defensa Derecho a la seguridad jurídica
<b>Breve relacion de los hechos</b>	<p>1.- El 23 de julio de 2015, al tramitarse el procedimiento abreviado, la jueza de la Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes de Guayaquil dictó sentencia de primera instancia, en la que se declaró la culpabilidad de Marlon Alexis Mayulema Sailema por el delito de porte de arma, tipificado y reprimido en el segundo inciso del artículo 360 del COIP, en el grado de autor; razón por la que se le condenó a 2 años de privación de la libertad.</p> <p>2.- En auto de 3 de septiembre de 2015, la jueza referida en el párrafo precedente, antes de que llegara a ejecutarse la privación de la libertad, al haber aceptado la petición del procesado, suspendió el cumplimiento de la pena bajo las siguientes condiciones: (i) residir en el domicilio ubicado en la ciudadela El Recreo (MIDUVI), manzana A, solar 14 del cantón Durán; (ii) abstenerse de frecuentar al señor José Diego Dávila Némer3; (iii) salir del país exclusivamente con autorización del juez de garantías penitenciarias; (iv) mantener su trabajo en LINANFER S.A.; (v) presentarse lunes y viernes ante el fiscal de la causa o el juez de garantías penitenciarias, por el lapso de 2 años; (vi) no reincidir; y, (vii) no merecer la apertura de una nueva instrucción fiscal en su contra.</p> <p>3.- El 4 de julio de 2018, dentro del proceso N.º 09286-2015-04019, el juez de la Unidad Judicial Norte N.º 2 Penal con sede en el cantón Guayaquil, por considerar incumplidas las condiciones, resolvió que se ejecute la pena privativa de la libertad de 2 años impuesta en contra del señor Mayulema Sailema, por lo que ordenó su captura.</p> <p>4.- El 5 de noviembre de 2018, se giró una boleta de encarcelamiento en contra del señor Mayulema Sailema, quien solicitó al juez de la Unidad Judicial Norte N.º 2 Penal con sede en el cantón Guayaquil que “revoque la prisión preventiva” por lo siguiente: (i) haber cumplido todas las condiciones impuestas para la suspensión de la pena (para acreditarlo, adjuntó constancias de comparecencia periódica ante la Fiscalía5, certificado de trabajo de LINANFER y declaración juramentada de su lugar de domicilio); y (ii) no haber sido informado de la emisión del auto</p>



**ECUADOR**  
CASO 2195-19-EP  
Fallos Remitidos

que fijaba la fecha y hora de la audiencia de control del cumplimiento de las condiciones impuestas, ni por su abogado particular ni por el defensor público que estuvo presente en la diligencia. El pedido del señor Mayulema Sailema fue negado el 13 de diciembre de 2018 por improcedente y extemporáneo.

5.- El 26 de diciembre de 2018, el señor Mayulema Sailema presentó acción de hábeas corpus, la que fue resuelta el 22 de enero de 2019 por el juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil, quien declaró sin lugar, por improcedentes, tanto la acción como las medidas cautelares solicitadas

6.- El 8 de marzo de 2019, el señor Mayulema Sailema interpuso recurso de revisión del auto de 4 de julio de 2018 referido en el párr. 4 supra, el que fue negado el 26 de marzo de 2019 con sustento en el artículo 658 del COIP.

7.- El 12 de abril de 2019, el señor Mayulema Sailema (también, “el accionante”) planteó una acción extraordinaria de protección en contra de los autos de 4 de julio de 2018 y de 26 de marzo de 2019.

8.- El 19 de septiembre de 2019, el correspondiente tribunal de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la acción extraordinaria de protección N.º 2195-19-EP, especificando que el auto de 26 de marzo de 2019 no es susceptible de impugnación mediante una acción extraordinaria de protección. La sustanciación de la causa correspondió al juez constitucional Alí Lozada Prado. En sesión de 4 de diciembre de 2019, este Pleno autorizó, de forma excepcional, el tratamiento prioritario del presente caso.

10.- Mediante auto de 23 de enero de 2020, el juez sustanciador avocó conocimiento de la causa, requirió el correspondiente informe de descargo y convocó a las partes procesales a la audiencia pública que se celebró el 3 de febrero de 2020, con la sola comparecencia de la representante de la Procuraduría General del Estado.

En el caso concreto el accionante formuló el siguiente cargo: el auto impugnado vulneró sus derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica porque fue dictado en una audiencia a la que sus abogados particulares no asistieron ya que, sin comunicarle, habían renunciado a ejercer su defensa; y, en lugar de ellos, intervino un defensor público designado por el juez, quien nunca se comunicó con su defendido, por lo que no contaba con los documentos necesarios para demostrar que las condiciones de la suspensión de la pena sí se habían cumplido. Lo que, según el accionante, habría equivalido a que se le juzgara en ausencia, sin ser escuchado y sin contar con una defensa técnica apropiada que rebatiera la prueba de cargo aportada por la Fiscalía; es decir, se le habría colocado en estado de indefensión.



**ECUADOR**  
CASO 2195-19-EP  
Fallos Remitidos

Por lo tanto esta Corte considera que el derecho a la defensa del accionante ha sido violado debido al desempeño negligente del defensor público y a la falta de tutela por parte del juez de la causa.

<b>Fundamentos de derecho</b>	Constitución de la República del Ecuador: Art. 76. 7, literales: a) b) c) g) y h)
<b>Contexto social y económico del caso</b>	No aplica
<b>Instancia procesal en la que se emite la sentencia</b>	Corte Constitucional del Ecuador
<b>Instrumento y/o criterio internacional invocado</b>	Corte IDH, caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 157.  Corte IDH, caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 162 y 166.  Caso 12.417, Fondo Whitley Myrie Vs. Jamaica, 12 de octubre de 2004, <a href="https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Jamaica.12417.htm">https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Jamaica.12417.htm</a> ]
<b>Medidas de reparación integral adoptadas</b>	1.- Dejar sin efecto el auto impugnado.  2.- Ordenar que un nuevo juez de lo penal con sede en el cantón Guayaquil, seleccionado mediante sorteo, sea el que revise el cumplimiento de las condiciones impuestas.  3.- Disponer al Consejo de la Judicatura y la Defensoría Pública, inicie las acciones que estimen pertinentes.
<b>Medidas de no repetición</b>	Se dispone al Defensor Público General la difusión de la presente sentencia.
<b>Fallo</b>	En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:  1.- Aceptar la acción extraordinaria de protección presentada por Marlon Alexis Mayulema Sailema.  2.- Declarar que el auto emitido el 4 de julio de 2018, por el juez de la Unidad Judicial Norte 2 Penal con sede en el cantón Guayaquil vulneró los derechos a la defensa en varias de sus garantías, consagrada en el artículo 76, número 7, literales a, b, c, g y h de la Constitución de la República.

**ECUADOR**

CASO 2195-19-EP

Fallos Remitidos

**Votación por la que  
fue adoptada**

Mayoritario: votos de los jueces:

Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín, Hernán Salgado Pesantes.

**Votos concurrentes  
o disidentes:****Otros datos de interés**

[http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidIMDgzYWY3MS0xN-zhmLTQ2ODEtODJjOS04OTBmMmZIMmNkZWYucGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidIMDgzYWY3MS0xN-zhmLTQ2ODEtODJjOS04OTBmMmZIMmNkZWYucGRmJ30=)

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 2195-19-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 2195-19-EP/21***(Caso Garantía de la defensa técnica y actividad de los juzgadores y juzgadoras)***Juez ponente:** Alí Lozada Prado

Quito, D.M., 17 de noviembre de 2021

**CASO No. 2195-19-EP**

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,  
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y  
LEGALES, EXPIDE LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA**

**Tema:** La presente sentencia establece que la garantía de la defensa técnica, prevista en el artículo 76 numeral 7 literales a, b, c, g y h de la Constitución, exige que la calidad de los servicios provistos por un abogado debe asegurar el ejercicio del derecho a la defensa del defendido. Garantía que, en el caso concreto, ha sido violada debido al desempeño negligente del defensor público y a la falta de tutela por parte del juez de la causa.

**I. Antecedentes****A. Actuaciones procesales**

1. El 4 de julio de 2015, se celebró la audiencia de calificación de flagrancia dentro del proceso N.º 09286-2015-03536, en la que el juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes de Guayaquil (i) declaró la legalidad de la aprehensión de Marlon Alexis Mayulema Sailema; (ii) notificó al procesado con el inicio de la instrucción fiscal en su contra por el cometimiento del delito previsto en el artículo 360 del Código Orgánico Integral Penal<sup>1</sup> (en adelante, COIP) en calidad de autor; y (iii) ordenó la prisión preventiva del referido ciudadano.
2. El 23 de julio de 2015, al tramitarse el procedimiento abreviado<sup>2</sup>, la jueza de la Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en delitos flagrantes de Guayaquil dictó sentencia de primera instancia, en la que se declaró la culpabilidad de Marlon Alexis Mayulema Sailema por el delito de porte de arma, tipificado y reprimido en el segundo inciso del artículo 360 del COIP, en el grado de autor; razón por la que se le condenó a 2 años de privación de la libertad. Además, se le impuso una multa de 4 salarios básicos unificados del trabajador en general.

<sup>1</sup> “Artículo 360.- Tenencia y porte de armas.- La tenencia consiste en el derecho a la propiedad legal de un arma que puede estar en determinado lugar, dirección particular, domiciliaria o lugar de trabajo, para lo cual se requiere autorización de la autoridad competente del Estado. La persona que tenga armas de fuego sin autorización, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año. El porte consiste en llevar consigo o a su alcance un arma permanentemente dentro de una jurisdicción definida, para lo cual se requiere autorización de la autoridad competente del Estado. La persona que porte armas de fuego sin autorización, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”.

<sup>2</sup> Solicitado por el procesado en audiencia de 16 de julio de 2015.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 2195-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 2195-19-EP/21**

(Caso *Garantía de la defensa técnica y actividad de los juzgadores y juzgadoras*)

**Juez ponente:** Alí Lozada Prado

3. En auto de 3 de septiembre de 2015, la jueza referida en el párrafo precedente, antes de que llegara a ejecutarse la privación de la libertad, al haber aceptado la petición del procesado, suspendió el cumplimiento de la pena bajo las siguientes condiciones: (i) residir en el domicilio ubicado en la ciudadela El Recreo (MIDUVI), manzana A, solar 14 del cantón Durán; (ii) abstenerse de frecuentar al señor José Diego Dávila Némer<sup>3</sup>; (iii) salir del país exclusivamente con autorización del juez de garantías penitenciarias; (iv) mantener su trabajo en LINANFER S.A.; (v) presentarse lunes y viernes ante el fiscal de la causa o el juez de garantías penitenciarias, por el lapso de 2 años; (vi) no reincidir; y, (vii) no merecer la apertura de una nueva instrucción fiscal en su contra.
4. El 4 de julio de 2018, dentro del proceso N.º 09286-2015-04019, el juez de la Unidad Judicial Norte N.º 2 Penal con sede en el cantón Guayaquil, por considerar incumplidas las condiciones (i), (iii), (iv) y (v) mencionadas en el párrafo anterior<sup>4</sup>, resolvió que se ejecute la pena privativa de la libertad de 2 años impuesta en contra del señor Mayulema Sailema, por lo que ordenó su captura.
5. El 5 de noviembre de 2018, se giró una boleta de encarcelamiento en contra del señor Mayulema Sailema, quien solicitó al juez de la Unidad Judicial Norte N.º 2 Penal con sede en el cantón Guayaquil que “*revoque la prisión preventiva*” por lo siguiente: (i) haber cumplido todas las condiciones impuestas para la suspensión de la pena (para acreditarlo, adjuntó constancias de comparecencia periódica ante la Fiscalía<sup>5</sup>, certificado de trabajo de LINANFER y declaración juramentada de su lugar de domicilio); y (ii) no haber sido informado de la emisión del auto que fijaba la fecha y hora de la audiencia de control del cumplimiento de las condiciones impuestas, ni por su abogado particular ni por el defensor público que estuvo presente en la diligencia. El pedido del señor Mayulema Sailema fue negado el 13 de diciembre de 2018 por improcedente y extemporáneo.
6. El 26 de diciembre de 2018, el señor Mayulema Sailema presentó acción de hábeas corpus<sup>6</sup>, la que fue resuelta el 22 de enero de 2019 por el juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil, quien declaró sin lugar, por improcedentes, tanto la

<sup>3</sup> El señor José Diego Dávila Némer fue quien denunció, mediante llamada telefónica, los hechos que resultaron en la aprehensión de Marlon Alexis Mayulema Sailema.

<sup>4</sup> El juez de la causa determinó que la demostración del incumplimiento de las condiciones impuestas para la suspensión de la pena privativa de la libertad del procesado derivaba de la falta de la siguiente documentación: declaración jurada notariada actualizada relacionada con el lugar de domicilio del procesado, certificado de movimiento migratorio concedido por el Ministerio del Interior, certificado laboral conferido por LINANFER S.A. y las constancias de presentación periódica ante la autoridad competente designada –la Fiscalía–.

<sup>5</sup> De entre aquellas, la más reciente correspondía a la presentación realizada el 17 de julio de 2017, esto es, un año y tres meses después de la última presentación certificada por la Fiscalía General del Estado, que consta en la hoja 28 del cuerpo I del expediente de la causa.

<sup>6</sup> Información obtenida del Sistema Automático de Trámite Judicial del Ecuador (SATJE). Proceso de garantías jurisdiccionales identificado con el N.º 09332-2018-13944.



## ECUADOR

SENTENCIA CASO 2195-19-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 2195-19-EP/21***(Caso Garantía de la defensa técnica y actividad de los juzgadores y juzgadas)***Juez ponente:** Alí Lozada Prado

acción como las medidas cautelares solicitadas<sup>7</sup>. En contra de esta sentencia, el accionante no interpuso recurso de apelación.

7. El 8 de marzo de 2019, el señor Mayulema Sailema interpuso recurso de revisión del auto de 4 de julio de 2018 referido en el párr. 4 *supra*, el que fue negado<sup>8</sup> el 26 de marzo de 2019 con sustento en el artículo 658 del COIP<sup>9</sup>.
8. El 12 de abril de 2019, el señor Mayulema Sailema (también, “el accionante”) planteó una acción extraordinaria de protección en contra de los autos de 4 de julio de 2018 (véase el párr. 4 *supra*) y de 26 de marzo de 2019 (véase el párrafo anterior).
9. El 19 de septiembre de 2019, el correspondiente tribunal de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la acción extraordinaria de protección N.º 2195-19-EP, especificando que el auto de 26 de marzo de 2019 no es susceptible de impugnación mediante una acción extraordinaria de protección<sup>10</sup>. La sustanciación de la causa correspondió al juez constitucional Alí Lozada Prado. En sesión de 4 de diciembre de 2019, este Pleno autorizó, de forma excepcional, el tratamiento prioritario del presente caso.
10. Mediante auto de 23 de enero de 2020, el juez sustanciador avocó conocimiento de la causa, requirió el correspondiente informe de descargo y convocó a las partes procesales a la audiencia pública que se celebró el 3 de febrero de 2020, con la sola comparecencia de la representante de la Procuraduría General del Estado.

**B. Las pretensiones y sus fundamentos**

11. En su demanda, el accionante solicitó a la Corte Constitucional (i) que se declare que el auto dictado el 4 de julio de 2018 por el juez de la Unidad Judicial Norte N.º 2 Penal con sede en el cantón Guayaquil vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad jurídica; y (ii) que se deje sin efecto el auto impugnado.

<sup>7</sup> La acción de hábeas corpus fue negada con fundamento en la siguiente consideración: “[...] en la audiencia pública y de la pruebas aportadas, no se ha podido verificar la existencia de alguna ilegalidad o arbitrariedad en la detención del accionante, pues se ha verificado la existencia de la boleta de encarcelamiento no. 09286-2018-000426 de fecha 5 de noviembre del 2018, la cual cumple con los requisitos legales; que conforme informe emitido por el juez Dr. Virgilio Matamoros Araque, el accionante incumplió con una de las condiciones impuestas, cuando se resuelve suspender condicionalmente la ejecución de la pena de dos años; verificándose que no cumplió con presentarse al despacho del juzgado los días lunes y viernes [...]”.

<sup>8</sup> El juez de la Unidad Judicial Norte N.º 2 Penal con sede en el cantón Guayaquil estableció que el recurso de revisión era improcedente al haberse interpuesto de un auto y no de una sentencia condenatoria.

<sup>9</sup> “Art. 658.- Procedencia.- El recurso de revisión podrá proponerse en cualquier tiempo, ante la Corte Nacional de Justicia, **después de ejecutoriada la sentencia condenatoria** [...]” [énfasis añadido].

<sup>10</sup> La providencia referida no era objeto de acción extraordinaria de protección, en tanto derivaba de la interposición de recursos inoficiosos.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 2195-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 2195-19-EP/21**

(Caso *Garantía de la defensa técnica y actividad de los juzgadores y juzgadoras*)

**Juez ponente:** Alí Lozada Prado

12. Como fundamento de sus pretensiones, el accionante formuló el siguiente *cargo*: el auto impugnado vulneró sus derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica porque fue dictado en una audiencia a la que sus abogados particulares no asistieron ya que, sin comunicarle, habían renunciado a ejercer su defensa; y, en lugar de ellos, intervino un defensor público designado por el juez, quien nunca se comunicó con su defendido, por lo que no contaba con los documentos necesarios para demostrar que las condiciones de la suspensión de la pena sí se habían cumplido. Lo que, según el accionante, habría equivalido a que se le juzgara en ausencia, sin ser escuchado y sin contar con una defensa técnica apropiada que rebatiera la prueba de cargo aportada por la Fiscalía, es decir, se le habría colocado en estado de indefensión.

**C. Informe de descargo**

13. A pesar de haber sido oportunamente requerido en el auto singularizado en el párr. 10 *supra*, ningún informe fue presentado ante esta Corte.

**D. Intervención en la audiencia**

14. En la audiencia realizada el 3 de febrero de 2020, Procuraduría General del Estado manifestó, en lo principal, lo siguiente:

14.1. Que la primera alegación del accionante estaba relacionada con una actuación negligente por parte de sus abogados particulares, quienes no le habrían comunicado de las diligencias convocadas dentro de la causa N.º 09286-2015-04019, lo que constituye un desacuerdo entre privados que no es objeto de la acción extraordinaria de protección; y, que, en todo caso, el Estado le designó al señor Muyulema Sailema un defensor público para que interviniera en favor de sus intereses.

14.2. Que, respecto de la segunda alegación del accionante, relacionada con que, durante la audiencia de verificación del cumplimiento de las condiciones impuestas para suspender su pena privativa de libertad, estuvo en indefensión puesto que nunca mantuvo comunicación con el defensor público y, por este motivo, no pudo proporcionarle los documentos que habrían demostrado el cumplimiento de las condiciones, indicó que el Estado tiene la sola obligación de designar un abogado, pero que la estrategia que aplique en el juicio ese defensor público no es de su competencia, aunque reconoce que *“el defensor público tiene su responsabilidad de ese momento, en tal caso pedir –porque esa es una de las facultades de los abogados– si necesitaba, más documentación o conversar con el accionante en este caso”*.

14.3. Con su demanda, el objetivo del accionante es que la Corte Constitucional valore la prueba que no pudo presentar en la audiencia de revisión de cumplimiento de condiciones; y que se identifiquen vulneraciones de carácter legal en el auto de 4 de julio de 2018, por lo que incurre en las causales de inadmisión previstas en el

4



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2195-19-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 2195-19-EP/21**(Caso *Garantía de la defensa técnica y actividad de los juzgadores y juzgadoras*)**Juez ponente:** Alí Lozada Prado

artículo 62, numerales 2 y 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante “LOGJCC”).

## II. Competencia

15. En atención a lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución, en concordancia con los artículos 63 y 191.2.d de la LOGJCC, el Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver las acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia.

## III. Cuestión previa

16. La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales en sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia (art. 58 de la LOGJCC). La Corte Constitucional puede verificar, incluso al momento de resolver, que la decisión impugnada corresponda a los tipos de decisiones antes mencionados; y, si ese no fuera el caso, puede rechazar por improcedente la demanda de acción extraordinaria de protección sin tener que entrar en el fondo de la causa, conforme al parámetro jurisprudencial establecido en el párrafo 52 de la sentencia N.º 154-12-EP/19:

*[...] si en la etapa de sustanciación el Pleno de la Corte identifica, de oficio, que el acto impugnado no es una sentencia, un auto definitivo o una resolución con fuerza de sentencia, en los términos establecidos los párrafos 44 y 45 supra, la Corte no puede verse obligada a pronunciarse sobre el mérito del caso.*

17. En ese mismo orden de ideas, esta Corte, en la sentencia citada *supra* caracterizó a un **auto definitivo** de la siguiente forma:

*44. [...] es aquel que pone fin al proceso del que emana. Un auto que pone fin al proceso es aquel que se pronuncia de manera definitiva sobre la materialidad de las pretensiones, causando cosa juzgada material o sustancial; o aquel que, previo a pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones, impide que el proceso continúe y que las pretensiones puedan ser discutidas en otro proceso [énfasis añadido].*

*45. También podrían ser objeto de acción extraordinaria de protección, de manera excepcional y cuando la Corte Constitucional, de oficio, lo considere procedente, los autos que, sin cumplir con las características antes señaladas, causan un gravamen irreparable. Un auto que causa un gravamen irreparable es aquel que genera una vulneración de derechos constitucionales que no puede ser reparada a través de otro mecanismo procesal.*

18. En concordancia con este razonamiento –como lo esquematizó esta Corte en el párrafo 16 de la sentencia N.º 1502-14-EP/19 de 7 de noviembre de 2019–, estamos ante un auto definitivo si este (1) pone fin al proceso o, si no lo hace, excepcionalmente se lo tratará como tal y procederá la acción si este (2) causa un gravamen irreparable. A su vez, un auto pone fin a un proceso siempre que se verifique uno de estos dos supuestos: o bien,

5



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2195-19-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 2195-19-EP/21***(Caso Garantía de la defensa técnica y actividad de los juzgadores y juzgadoras)***Juez ponente:** Alí Lozada Prado

(1.1) el auto resuelve sobre el fondo de las pretensiones con autoridad de cosa juzgada material, o bien, (1.2) el auto no resuelve sobre el fondo de las pretensiones, pero impide, tanto la continuación del juicio, como el inicio de uno nuevo ligado a tales pretensiones.

19. Se plantea, entonces, la cuestión de si el auto impugnado es un auto definitivo.
20. Al respecto, esta Corte verifica que el auto impugnado, de 4 de julio de 2018, versa sobre el control de cumplimiento de las condiciones que reemplazaron la sanción privativa de la libertad impuesta al señor Marlon Alexis Mayulema Sailema. De conformidad con el artículo 632 del COIP<sup>11</sup>, este control se efectúa exclusivamente durante la etapa de ejecución de la sentencia –una vez que se puso fin al proceso penal– momento en el que se origina una cuestión distinta a las que originaron el juicio principal. En contra del auto que ordena la ejecución de la pena privativa de la libertad por incumplimiento de las condiciones establecidas en la sentencia condenatoria no puede proponerse recurso de apelación, casación o revisión<sup>12</sup>. Por lo tanto, el auto impugnado no resuelve el fondo de las pretensiones del proceso penal (elemento 1.1 *supra*) y por emitirse luego de la sentencia, tampoco compromete su continuación (elemento 1.2 *supra*). Sin embargo, al decidir de forma irrecurrible sobre la ejecución de una pena privativa de libertad, tiene la potencialidad de vulnerar la libertad personal, es decir, el gravamen que podría causar es irreparable (elemento 2 *supra*).
21. Por ello, en el caso concreto, se concluye que el auto de 4 de julio de 2018 puede ser tratado como definitivo y, por lo tanto, puede ser objeto de una acción extraordinaria de protección.
22. La Corte debe, por consiguiente, pronunciarse sobre los cargos contenidos en la demanda.

#### IV. Planteamiento de los problemas jurídicos

23. Según se desprende del párrafo 12 *supra*, el accionante señaló como vulnerados los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica. En relación con el debido proceso, el cargo se refiere de forma particular al derecho a la defensa en la garantía de la defensa técnica. En lo que respecta a la transgresión a la seguridad jurídica, el accionante la vincula a una deficiente dirección del proceso penal por parte del juez que habría redundado en su indefensión, por lo que su alegación apunta al mismo derecho a la defensa. En consecuencia, en esta sentencia se resolverá el siguiente problema jurídico:

<sup>11</sup> “Art. 632.- Control.- La o el juzgador de garantías penitenciarias será el encargado del control del cumplimiento de las condiciones. Cuando la persona sentenciada incumpla cualquiera de las condiciones impuestas o transgreda el plazo pactado, la o el juzgador de garantías penitenciarias ordenará inmediatamente la ejecución de la pena privativa de libertad”.

<sup>12</sup> Para la interposición del recurso de apelación, es necesario que el auto sea uno de aquellos previstos taxativamente en el artículo 653 del COIP; mientras que, de conformidad con los artículos 656 y 658 del COIP, los recursos de casación y revisión proceden en contra de sentencias.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2195-19-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 2195-19-EP/21

(Caso Garantía de la defensa técnica y actividad de los juzgadores y juzgadoras)

Juez ponente: Alí Lozada Prado

¿Vulneró, el auto impugnado, el derecho a la defensa del accionante porque se habría dictado en una audiencia que no respetó la garantía de la defensa técnica?

24. Ahora bien, en caso de que el anterior problema jurídico llegara a responderse de manera afirmativa, se deberá contestar a este otro: ¿Cuál es la forma de reparación que corresponde dictar en la presente causa?

### V. Resolución de los problemas jurídicos

#### E. Primer problema jurídico: ¿Vulneró, el auto impugnado, el derecho a la defensa del accionante porque se habría dictado en una audiencia que no respetó la garantía de la defensa técnica?

25. A pesar de que el cargo del accionante alude al derecho a la defensa en general, particularmente tiene que ver con la garantía de la defensa técnica. Esta garantía se halla reconocida en el artículo 76 numeral 7 literal g de la Constitución de la República: “*En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor*”. La referida garantía también se halla consagrada en el artículo 14 numeral 3 literal d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP)<sup>13</sup> y en el artículo 8 numeral 2 literales d y e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>14</sup> (en adelante, CADH). En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC 11/90, determinó que “*los literales d) y e) del artículo 8.2 expresan que el inculpado tiene derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que si no lo hiciera tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna*”.
26. Sin embargo, siendo la de la defensa técnica una garantía del derecho a la defensa, ella está íntimamente conectada con otras garantías de aquel. Especialmente, con las siguientes:

*Art. 76.- [...] 7.- [...] a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*

<sup>13</sup> PIDCP, “Artículo 14 [...] 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo [...]”.

<sup>14</sup> CADH, “Artículo 8, Garantías Judiciales.- [...] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley [...]”.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 2195-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 2195-19-EP/21**

(Caso *Garantía de la defensa técnica y actividad de los juzgadores y juzgadoras*)

**Juez ponente:** Alí Lozada Prado

- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.  
[...]
- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

27. Por consiguiente, la carencia o la deficiencia de defensa técnica puede conllevar la transgresión de otras garantías del derecho a la defensa y, en todos los casos, implica una vulneración de ese derecho fundamental.
28. Ahora bien, la garantía de la defensa técnica exige que la calidad de los servicios provistos por los abogados asegure el ejercicio del derecho a la defensa en el marco del debido proceso. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”), “nombrar a un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza”<sup>15</sup>.
29. En el mismo sentido, en la sentencia N.º 3068-18-EP/21, esta Corte estableció que, “con relación a la garantía prevista en el artículo 76 numeral 7 literal g), resulta pertinente destacar que la sola presencia física de una o un profesional del derecho durante una diligencia, no es suficiente para garantizar una asistencia técnica efectiva”<sup>16</sup>. Y, en la sentencia N.º 4-19-EP/21, se estableció que “una defensa adecuada también [antes, se hace referencia al derecho a contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, refiriendo que ello implica la posibilidad de revisar el expediente y las piezas procesales relevantes] involucra la preparación de los argumentos que sustentan el recurso de apelación, con el fin de que se puedan ejercer de forma efectiva las garantías de ser escuchada en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, así como de presentar los argumentos y pruebas que asistan al sujeto procesal y de contradecir los presentados por la contraparte”<sup>17</sup>.
30. En el caso que ahora se estudia, el 11 de junio de 2018, el juez de la Unidad Norte N.º 2 Penal con sede en el cantón Guayaquil fijó, mediante decreto, para el 4 de julio de 2018 la audiencia de verificación de cumplimiento de las condiciones impuestas en la suspensión condicional de la pena del señor Muyulema Sailema. Una vez notificados con el decreto antedicho, el 26 de junio de 2018, los abogados defensores particulares

<sup>15</sup> Corte IDH, caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 157.

<sup>16</sup> Véase la sentencia N.º 3068-18-EP, de 9 de junio de 2021, Derecho a la defensa, sus garantías y reglas de trámite, párr. 63.

<sup>17</sup> Sentencia N.º 4-19-EP/21 de 21 de julio de 2021, párr. 39.



## ECUADOR

SENTENCIA CASO 2195-19-EP

Jurisprudencia



## Sentencia No. 2195-19-EP/21

(Caso Garantía de la defensa técnica y actividad de los juzgadores y juzgadoras)

Juez ponente: Alí Lozada Prado

del procesado –Elvia Muñoz Sánchez y Edmundo Briones Llona– presentaron un escrito en el que indicaban:

*Fuimos expresamente contratados por dicho ciudadano hasta la última diligencia [sic] en que participamos, desde entonces nunca más apareció ni sabemos donde hubicarlo [sic] por lo que desde entonces y con conocimiento expreso de él no somos sus defensores.*

*Con este antecedente, y como lo ordena la ley, sírvase Sr. Juez, contar con un Sr. Defensor Público que vele por los derechos del Sr. Muyulema Sailema.*

31. En el proceso de origen, previendo la ausencia de los referidos abogados, la Defensoría Pública también fue notificada para que compareciera, en representación del hoy accionante, a la audiencia de verificación de cumplimiento de las condiciones impuestas en la suspensión condicional de la pena. En ese acto procesal, intervino el defensor público Stalin Guarnizo Espinoza, pero lo hizo sin haber tomado contacto previo con el sentenciado. Textualmente, el defensor manifestó: “[...] *las condiciones impuestas fueron residir en un lugar determinado, prohibición de salida del país, abstenerse de frecuentar a la víctima, mantener una actividad laboral en LINANFER y las presentaciones periódicas ante la autoridad competente por el lapso de dos años. De una revisión minuciosa del expediente no hay documentación alguna que justifique dichas condiciones y de una revisión del expediente fiscal, existen presentaciones únicamente hasta el 26 de abril de 2016 [...]*” [énfasis añadido]. Seguidamente, la Fiscalía manifestó: “*comparto lo manifestado por el abogado de la defensa*” [énfasis añadido]. De este modo, la audiencia duró exactamente ocho minutos con veinte segundos y concluyó con el levantamiento de la suspensión condicional de la pena impuesta al hoy accionante.
32. La Corte IDH ha sostenido que “*la institución de la defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculpado de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio*”<sup>18</sup>; lo que ratifica que, incluso respecto de la defensa pública, la garantía de la defensa técnica exige que la calidad de los servicios provistos por los abogados asegure el ejercicio del derecho a la defensa en el marco del debido proceso. Como ha sostenido esta Corte, “*es necesario que la defensa pública actúe con debida diligencia y no sea simplemente un espectador del proceso sino que justamente en cumplimiento de sus deberes constitucionales brinden a los justiciables un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias, lo que incluiría generar un acercamiento con los procesados a quienes se encuentra representando*”<sup>19</sup> [énfasis añadido].
33. Esto último es crucial para el presente caso: el defensor público designado para representar al señor Muyulema Sailema prestó un servicio profesional de calidad

<sup>18</sup> Corte IDH, caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 157.

<sup>19</sup> Véase la sentencia N.º 1667-16-EP de 27 de octubre de 2021, párr. 45.



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2195-19-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 2195-19-EP/21**(Caso *Garantía de la defensa técnica y actividad de los juzgadores y juzgadoras*)**Juez ponente:** Alí Lozada Prado

deficiente, en desmedro de su derecho a la defensa, porque enfrentó la audiencia de verificación del cumplimiento de las condiciones suspensivas de la pena sin haberse comunicado con su defendido, limitándose a la revisión de los expedientes judicial y fiscal. Esto, sin que conste en el expediente indicio alguno de que el defensor hubiera intentado establecer contacto con su defendido. Por lo que la participación del defensor público en la señalada audiencia constituyó una mera formalidad que permitió constatar la presencia de un abogado y así instalar y sustanciar la diligencia.

34. De haberse contactado con su representado, el defensor público habría podido contar con los documentos necesarios para justificar el cumplimiento de las condiciones de suspensión de la pena, pues la persona que estaba en posibilidad de aportarlo era el condenado. Como es obvio, en los expedientes que revisó dicho defensor no podía constatar ni que el señor Muyulema Sailema hubiera seguido residiendo en el mismo domicilio, ni que no hubiera salido del país, ni que se mantuviera en el mismo trabajo, pues esa información no tenía que registrarse en esos expedientes. Y, en cuanto a la obligación de presentarse ante el fiscal o juez de la causa, el demandante acreditó que siguió presentándose un año y tres meses después de la última fecha certificada por la Fiscalía (véase el párr. 5 *supra*).
35. Por consiguiente, el desempeño del defensor público del señor Muyulema Sailema transgredió el derecho al debido proceso de este en la garantía de la defensa técnica, reconocida en el artículo 76 numeral 7 literal g de la Constitución y, con ello, las garantías establecidas en los literales a, b, c y h *ibidem*. Pero, de manera correlativa, también lo hizo el juez de la Unidad Judicial Norte N.º 2 Penal con sede en el cantón Guayaquil, puesto que debió ser notorio para él que el defensor público, debido a la falta de comunicación con su representado, no estaba en condiciones de abogar por que no se levante la suspensión de la pena, por lo que la calidad de los servicios provistos por él no aseguraban ni siquiera mínimamente el derecho a la defensa del hoy accionante.
36. La jurisprudencia de la Corte IDH ha estimado que, si bien la incorrección en la actuación del abogado defensor no es imputable a la autoridad jurisdiccional, una notoria inactividad por parte de la defensa técnica, sea que esta consista, entre otros, en la falta de presentación de pruebas o de contestación a los cargos propuestos por la contraparte, o abandono repentino de la causa sin que se haya designado previamente otro abogado para aquel propósito, sí requieren de una actuación tutelar por parte del órgano jurisdiccional:

*Por lo tanto, el presente caso plantea a la Corte la situación de tener que determinar los alcances de la responsabilidad internacional del Estado por la actuación de la defensa pública en materia penal. Ahora bien, la Comisión citó aparte de sus propios criterios, lo sostenido por el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para definir el criterio aplicable para determinar el alcance de la responsabilidad en estos casos, en el sentido que “el Estado no puede ser considerado responsable por todas las fallas de desempeño del abogado o defensor público, así como el Estado es responsable si la defensa*

10



**ECUADOR**  
**SENTENCIA CASO 2195-19-EP**  
**Jurisprudencia**



**Sentencia No. 2195-19-EP/21**

(Caso *Garantía de la defensa técnica y actividad de los juzgadores y juzgadoras*)

**Juez ponente:** Alí Lozada Prado

*pública incurre en omisiones o fallas que de manera evidente permitan concluir que no brindó un patrocinio efectivo.*

*Además, es pertinente precisar que una discrepancia no sustancial con la estrategia de defensa o con el resultado de un proceso no será suficiente para generar implicaciones en cuanto al derecho a la defensa, sino que deberá comprobarse, como se mencionó, una negligencia inexcusable o una falla manifiesta. En casos resueltos en distintos países, los tribunales nacionales han identificado una serie de supuestos no exhaustivos que son indicativos de una vulneración del derecho a la defensa y, en razón de su entidad, han dado lugar como consecuencia la anulación de los respectivos procesos o la revocación de sentencias proferidas:*

- a) No desplegar una mínima actividad probatoria*
- b) Inactividad argumentativa a favor de los intereses del imputado*
- c) Carencia de conocimiento técnico jurídico del proceso penal*
- d) Falta de interposición de recursos en detrimento de los derechos del imputado*
- e) Indebida fundamentación de los recursos interpuestos*
- f) Abandono de la defensa<sup>20</sup> [énfasis añadido].*

<sup>20</sup> Corte IDH, caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 162 y 166.

En cuanto a la responsabilidad estatal frente a la intervención del abogado defensor, el Comité de Derechos Humanos ha señalado, in extenso: “El Estado Parte no debe ser considerado responsable de la conducta de un abogado defensor, salvo que haya sido, o debiera haber sido, manifiestamente evidente para el juez que el comportamiento del abogado era incompatible con los intereses de la justicia. Existe la obligación de aceptar las solicitudes de aplazamiento que sean razonables, en particular cuando se impute al acusado un delito grave y se necesite más tiempo para la preparación de la defensa” [Observación general núm. 32, el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, III. Una audiencia pública con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial.] “62. En el caso de autos la Comisión señala que el Estado proporcionó al Sr. Myrie asistencia letrada para las actuaciones penales seguidas contra él. Sin embargo, como sucede con todos los derechos previstos en la Convención, ese derecho debe ser garantizado en forma tal que resulte efectivo, por lo cual no sólo requiere el suministro de defensor, sino que el mismo ejerza ese patrocinio en forma competente. La Comisión ha reconocido también que el Estado no puede ser considerado responsable de todas las fallas de desempeño del abogado defensor, dado que la profesión de abogado es independiente del Estado y éste no tiene conocimiento ni control de la manera en que un abogado defensor patrocina a su cliente. No obstante, el artículo 8(2)(c) de la Convención impone a las autoridades nacionales la obligación de intervenir si la omisión del abogado de brindar un patrocinio eficaz es evidente o si la omisión es puesta en su conocimiento con suficiente claridad. 63. En el caso de autos no surge del expediente que el Sr. Myrie haya hecho saber a las autoridades del Estado, antes o durante el juicio, que consideraba inadecuado el patrocinio de su abogado. No obstante, es evidente, a juicio de la Comisión y sobre la base de la información disponible, que al juez de instrucción le habría sido o debió haberle sido evidente que el comportamiento del abogado del Sr. Myrie en el juicio era incompatible con los intereses de la justicia. (...) A juicio de la Comisión, esas circunstancias debieron haber llevado al juez de instrucción a adoptar medidas positivas para garantizar que el Sr. Myrie recibiera un patrocinio letrado adecuado. 64. En tales circunstancias, la Comisión concluye que se cometieron violaciones adicionales de los artículos 8(1) y 8(2) de la Convención, en conjunción con violaciones del artículo 1(1) de la Convención, en virtud de que el patrocinio legal con que contó el Sr. Marie durante su juicio fue inadecuado”. [Informe N.º 41/04,



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2195-19-EP

Jurisprudencia



Sentencia No. 2195-19-EP/21

(Caso Garantía de la defensa técnica y actividad de los juzgadores y juzgadoras)

Juez ponente: Alí Lozada Prado

37. Por su parte, esta Corte, en el párrafo 30 de la sentencia 4-19-EP/21, estableció lo que sigue:

*La garantía de contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, reconocida en el artículo 76 numeral 7 literal b) de la Constitución, “[...] implica que tanto las personas cuyos derechos se discuten, como sus defensas técnicas, tengan la oportunidad y las condiciones apropiadas para ejercer una defensa efectiva, de acuerdo a las particularidades de cada caso”. Como parte de ésta, los operadores de justicia deben asegurar, por ejemplo, que la persona acusada pueda conocer los cargos que se le imputan, la posibilidad de acceder al expediente y las piezas procesales con el fin de diseñar una estrategia de defensa, formular argumentos y prueba y ejercer la contradicción. Adicionalmente, al analizar y aplicar esta garantía, los operadores de justicia deben tomar en consideración las circunstancias particulares de cada caso y evaluar el impacto en los derechos de los sujetos procesales. [énfasis añadido].*

38. Como se desprende de las citas que anteceden, la supervisión de la debida diligencia con la que interviene un defensor técnico no debe confiarse exclusivamente al procesado, en aras de garantizarle un juicio respetuoso del derecho a la defensa. Por lo tanto, cuando se presenta una manifiesta negligencia por parte del defensor técnico, es el juez o tribunal de la causa el que debe impedir una inminente violación al derecho a la defensa del procesado<sup>21</sup>. Esta obligación ha sido asumida en la jurisdicción ordinaria por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, la que se ha pronunciado, por ejemplo, en los términos que a continuación se detallan:

*Conforme consta del acta de la audiencia oral, pública y de contradictorio de sustentación del recurso de revisión, celebrada el día lunes 20 de agosto del 2018, a las 09h00, se determina que en la fase de evacuación de la prueba solicitada por los recurrentes, el Tribunal de revisión advierte que la Abg. Djalma Blum, patrocinadora de los revisionistas, no está ejerciendo una defensa técnica, por lo que hace un llamado de atención a la mencionada abogada, al no existir coherencia entre las preguntas y el tiempo que ha pasado desde los hechos; además, le solicita que aclare el objetivo del interrogatorio y se ciña al objeto del recurso de revisión, para que pueda acreditar la prueba nueva. Al haberse generado dicho incidente, el Tribunal pregunta a la defensa de los recurrentes, si está capacitada para proseguir con la audiencia, frente a lo cual la abogada Djalma Blum Rodríguez, indica que no está en condiciones de continuar<sup>22</sup> [énfasis añadido].*

39. El análisis referido en la cita que antecede condujo al tribunal de revisión a suspender la audiencia y señalar una nueva fecha y hora para que la diligencia se efectúe con la

caso 12.417, Fondo Whitley Myrie Vs. Jamaica, 12 de octubre de 2004, [https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Jamaica\\_12417.htm](https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Jamaica_12417.htm)

<sup>21</sup> Esta afirmación, además, se sustenta en el principio de debida diligencia, previsto en el artículo 172 de la Constitución.

<sup>22</sup> Auto en el que se declara la nulidad de la audiencia de fundamentación del recurso de revisión, causa N° 17721-2016-0467.



## ECUADOR

SENTENCIA CASO 2195-19-EP

Jurisprudencia



**Sentencia No. 2195-19-EP/21**

(Caso *Garantía de la defensa técnica y actividad de los juzgadores y juzgadoras*)

**Juez ponente:** Alí Lozada Prado

presencia de un defensor que ejerza una defensa técnica apropiada para evacuar la prueba nueva ofrecida para sustentar la procedencia del recurso de revisión.

40. En conclusión, el evidente comportamiento negligente del defensor público que representó al hoy accionante en la audiencia de 4 de julio de 2018; y, el del juez que sustanció la antedicha diligencia, vulneró las garantías del derecho a la defensa consagradas en el artículo 76, numeral 7, literales a, b, c, g y h de la Constitución, en tanto sus acciones y omisiones provocaron que el señor Muyulema Sailema no haya contado con una defensa técnica *adecuada*.

**F. Segundo problema jurídico: una vez constatada la vulneración al derecho a la defensa, ¿cuál es la forma de reparación que corresponde dentro de la presente causa?**

41. De acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 86.3 de la Constitución, en concordancia con los artículos 6.1 y 18 de la LOGJCC, la declaración de la vulneración de un derecho constitucional genera la obligación de reparar integralmente el daño causado por ella. A tal efecto, a la Corte le corresponde determinar las medidas que mejor propendan a dicha reparación.
42. Una vez que ha sido establecido que la orden de cumplimiento de la pena privativa de la libertad vulneró el derecho a la defensa, el caso debe ser reenviado a la jurisdicción ordinaria para que un juez de instancia, elegido mediante sorteo, sustancie una segunda audiencia de revisión de las condiciones impuestas para conceder la suspensión de la pena al procesado, con el propósito de que verifique su cumplimiento. Si se insiste en que, a la fecha en que se revisaron las condiciones (véase el párr. 4 *supra*), tales condiciones fueron incumplidas total o parcialmente, así lo declarará, sin que exista consecuencia alguna respecto del señor Marlond Alexis Mayulema Sailema, pues ya cumplió con la integralidad de la pena privativa de la libertad impuesta en su contra. Sin embargo, de ocurrir lo contrario, el hoy accionante podrá presentar las acciones a las que hubiere lugar, en razón de su ilegítima privación de la libertad.
43. Adicionalmente, esta Corte considera oportuno reprochar la actuación del juez y el defensor público que intervinieron en la audiencia de verificación de condiciones de suspensión condicional de la pena, sustanciada el 11 de junio de 2018, cuyo resultado fue el auto identificado en el párrafo 4 *supra*, por haber vulnerado el derecho constitucional del accionante a la defensa técnica adecuada. En consecuencia, corresponde informar de sus actuaciones al Consejo de la Judicatura y Defensoría Pública, para que adopten las decisiones a las que hubiere lugar.

### VI. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:



ECUADOR

SENTENCIA CASO 2195-19-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 2195-19-EP/21***(Caso Garantía de la defensa técnica y actividad de los juzgadores y juzgadoras)***Juez ponente:** Alí Lozada Prado

1. Aceptar la acción extraordinaria de protección presentada por Marlond Alexis Mayulema Sailema.
2. Declarar que el auto emitido el 4 de julio de 2018, por el juez de la Unidad Judicial Norte 2 Penal con sede en el cantón Guayaquil vulneró los derechos a la defensa en varias de sus garantías, consagrado en el artículo 76, número 7, literales a, b, c, g y h de la Constitución de la República.
3. Como medidas de reparación se dispone:
  - 3.1. Dejar sin efecto el auto impugnado.
  - 3.2. Ordenar que un nuevo juez de lo penal con sede en el cantón Guayaquil, seleccionado mediante sorteo, sea el que revise el cumplimiento de las condiciones impuestas a Marlond Alexis Mayulema Sailema dentro del juicio penal N.º 09286-2015-04019, atendiendo a lo determinado en el párr. 41 *supra* de la presente sentencia.
  - 3.3. Disponer al Consejo de la Judicatura y la Defensoría Pública, inicie las acciones que estimen pertinentes, de conformidad al párr. 42 *supra* de la presente sentencia.
4. Como medida de no repetición, se dispone al Defensor Público General la difusión de la presente sentencia a todos los defensores públicos a nivel nacional, a través de sus correos electrónicos institucionales. Para verificar el cumplimiento de esta medida, en el plazo de 10 días contados a partir de la notificación de la sentencia, el Defensor Público General deberá remitir a esta Corte un informe, suscrito por la Unidad de Tecnología de la Información y Comunicación, en el que se certifique el envío de los correos electrónicos antes referidos.
5. Notifíquese, publíquese, devuélvase y cúmplase.

LUIS HERNAN  
BOLIVAR  
SALGADO  
PESANTES

Firmado digitalmente por  
LUIS HERNAN BOLIVAR  
SALGADO PESANTES  
Fecha: 2021.11.23 09:18:53  
-05'00'

Dr. Hernán Salgado Pesantes

**PRESIDENTE**

**Razón:** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con nueve votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín

14

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO 2195-19-EP

Jurisprudencia

**Sentencia No. 2195-19-EP/21***(Caso Garantía de la defensa técnica y actividad de los juzgadores y juzgadoras)***Juez ponente:** Alí Lozada Prado

Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; en sesión ordinaria de miércoles 17 de noviembre de 2021.- Lo certifico.

AIDA  
SOLEDAD  
GARCIA  
BERNI  
Dra. Aída García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**

Firmado digitalmente por AIDA SOLEDAD GARCIA BERNI



**ECUADOR**  
CASO 28-15-IN  
Fallos Remitidos

## FALLO REMITIDO

<b>País</b>	Ecuador
<b>Tribunal</b>	Corte Constitucional del Ecuador
<b>Materia</b>	Familia, mujer, niñez y adolescencia
<b>Intervino la defensa pública oficial</b>	NO
<b>Datos del defensor/a público</b>	N/A
<b>Derechos involucrados</b>	Principio de igualdad y no discriminación en razón de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, derecho de los niños y adolescentes
<b>Breve relacion de los hechos</b>	Demanda de inconstitucionalidad por razones de fondo contra el artículo 106 numerales 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ya que estos vulneran el principio de igualdad; el principio de corresponsabilidad parental; el de no discriminación al perpetuar el estereotipo de roles de las mujeres; el interés superior del niño al no escucharlo en la toma de estas decisiones por la presunción legal, afectando el derecho a la identidad del niño, no preservando su entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones familiares de aquel con sus dos entornos tanto paterno como materno en igualdad de condiciones
<b>Fundamentos de derecho</b>	<p>Constitución de la República del Ecuador:</p> <p>Art. 69. 1. Derechos de los hijos a la paternidad responsable.</p> <p>Art. 69. 5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos</p> <p>Art. 44. Derecho de los niños y adolescentes</p> <p>Art. 11. 2. Principio de igualdad y no discriminación en razón de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género.</p> <p>Art. 66. 4. Derecho a la igualdad formal y material</p>
<b>Contexto social y económico del caso</b>	Inconstitucionalidad en contra del artículo 106 numerales 2 y 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ya que perpetúan el estereotipo de roles de las mujeres; y no se toma en cuenta el interés superior del niño al no escucharlo en la toma de estas decisiones.
<b>Instancia procesal en la que se emite la sentencia</b>	Corte Constitucional del Ecuador



**ECUADOR**  
CASO 28-15-IN  
Fallos Remitidos

**Instrumento y/o criterio internacional invocado** Rebeca Jara y Yolanda Gallegos citando a Chunga la Monja. Manual de Derecho de Familia. Jurista Editores. Lima: 2008. Pág. 435.

Rebeca Jara y Yolanda Gallegos. Manual de Derecho de Familia. Jurista Editores. Lima: 2008. Pág.435. Doctrinariamente se lo conoce como “deber de convivencia o unidad de domicilio”, ya que supone la proximidad física con los NNA. Rebeca Jara y Yolanda Gallegos citando a Fermín Chunga Lamonja.

Manual de Derecho de Familia. Jurista Editores. Lima: 2008. Págs. 435 y 436.

Ripert y Boulanger indican que “La patria potestad se descompone en una serie de derechos y de obligaciones determinados por la ley. A menudo las obligaciones son correlativas a los derechos. Es necesario considerar (...): 1° la tenencia y educación del hijo; 2° su mantenimiento y establecimiento; 3° (...) usufructo legal (entre otros)”. Rebeca Jara y Yolanda Gallegos citando a Georges Ripert y Jean Boulanger. Manual de Derecho de Familia. Jurista Editores. Lima: 2008. Pág. 315. Vid. Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 105. “La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley”

Fabiola Lathrop. “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”. Revista Chilena de Derecho Privado, 10, 2008. Págs. 9-37.

Fabiola Lathrop. “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”. Revista Chilena de Derecho Privado, 10, 2008. Págs. 9-37; Marcela Acuña San Martín. “El principio de corresponsabilidad parental”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 2013. Págs. 21-59.

Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 184. Tomar como ejemplo el preámbulo y artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el preámbulo y los artículos 1, 2 letras a) y c), 3, 4, 7, 8, 10, 11 número 1 letra d), 12, 13, 14 número 2, letra e), 15, 16 y 23 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y el Protocolo Facultativo de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, entre otros.

Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de



**ECUADOR**  
CASO 28-15-IN  
Fallos Remitidos

2005, párr. 184; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 268; Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2021, párr. 78 y 79; Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 224; Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 197. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”). Caso Sejdic y Finci vs. Bosnia-Herzegovina, sentencia de 22 de diciembre de 2009, párr. 42; TEDH.

Caso Hülya Ebru Demirel vs. Turquía, sentencia de 7 de mayo de 2019.

Comisión IDH. Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63., de 9 diciembre de 2011, párr. 203 y 266

Por otra parte, la Corte IDH ha dispuesto que “En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (...), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso.”

Corte IDH. Caso González y otras vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401

Patricia Herrera Santi, “Rol de género y funcionamiento familiar”. Rev Cubana Med Gen Integr, 2000, 16/6, págs. 568-573.

Jaimee L. Hartenstein. “Tender years doctrine”. The Wiley Blackwell Encyclopedia of Family Studies, 1, 2016. Págs. 1-5.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en el amparo en revisión 331/2019 de 21 de noviembre de 2019, párr. 63.

Fabiola Lathrop Gómez. “(In) constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno”. Revista Ius et Praxis, 16/2, 2010. Págs.147-184.

Fabiola Lathrop Gómez. “(In) constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del



**ECUADOR**  
CASO 28-15-IN  
Fallos Remitidos

Código Civil chileno”. Revista Ius et Praxis, 16/2, 2010. Págs. 147-184  
En lo referente al ámbito internacional, el interés superior de NNA se encuentra contemplado en la Declaración de los Derechos del Niño, principio 2 y en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3. El Comité de los Derechos del Niño indica que el interés superior del niño es un concepto triple.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 67.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 13

UNICEF. Cuadernillo “Superando el adultocentrismo”, 2013. Pág. 18

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 43.

Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 270; y, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, sentencia de 20 de octubre de 2016, párr. 336.

La Convención Americana de Derechos humanos, en su artículo 1, contempla que: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Comisión IDH. Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63., de 9 diciembre de 2011, párr. 203 y 266.

Corte IDH. Caso González y otras vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 59., de 3 noviembre 2011, párr. 24. 72 Alicia Saldívar Garduño, Rolando Díaz Loving, Norma Elena Reyes Ruiz, Carolina Armenta Hurtarte, Fuensanta López Rosales, Mayra Moreno López, Angélica Romero Palencia, Julita Elemí Hernández Sánchez y Miriam Domínguez Guedea. “Roles de Género y Diversidad: Validación de una Escala en Varios Contextos Culturales”. Acta de investigación psicológica, 5/3, 2015. Págs. 2124-2147 <https://>



**ECUADOR**  
CASO 28-15-IN  
Fallos Remitidos

[www.who.int/es/news\\_room/fasheets/detail/gender](http://www.who.int/es/news_room/fasheets/detail/gender), la Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 298.

Corte IDH. Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 294 a 296.

Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 199. TEDH. Caso *Sommerfeld vs. Alemania*, sentencia de 8 de julio de 2003, párrs. 72 al 88 y *Caso Sahin vs. Alemania*, sentencia de 8 de julio de 2003, párr. 33. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-955 de 2013 de 19 de diciembre de 2013, párrs. 13 a 18.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 53.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 12. El derecho del niño a ser escuchado. Doc. CRC/C/GC/12, 2009, párr. 52

Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, artículo 9, número 3. Sobre esto, Soledad Torrecuadrada García-Lozano. Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “El interés superior del niño”. Anuario mexicano de derecho internacional, 16, 2016. Págs. 131-157

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 67

La Corte Constitucional de Colombia ha emitido jurisprudencia en la que desarrolla el derecho de los NNA a tener una familia, a saber: (i) sentencia T-572/2010 de 15 de julio de 2010, párr. 61. en la que se ordena diseñar un plan de restablecimiento de relación materno-filial después de que un niño con síndrome de down es separado de su madre y de sus dos hermanos. La Corte Constitucional de Colombia remarca que los vínculos afectivos también forman parte del desarrollo integral de NNA, siempre que la madre—quien ostentaba su tenencia—sea apta para su cuidado; y, (ii) sentencia T- 012 de 2012 de 20 de enero de 2012, párrs. 5.2 a 5.7, en la que una madre con la custodia de un niño generó múltiples impedimentos para que el padre no pueda ver a su hijo, a pesar de que el pagaba a tiempo las pensiones alimenticias.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 67

Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, artículo 18.



**ECUADOR**  
CASO 28-15-IN  
Fallos Remitidos

Marcela Acuña San Martín. “El principio de corresponsabilidad parental”. Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, 20/2, 2013. Pág. 28.

Marcela Acuña San Martín. “El principio de corresponsabilidad parental”. Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, 20/2, 2013. Pág. 28.

Asa, P. J., Asurey, V., Bacigalupo, M., Bendel, Y., Bertolé, C., Bianchi, D., Bigalli, C., Braguinsky, E., Carlotto, E., Colombo, M., Corti, D., Corti, H., Duacastella, L., Famá, M. V., Feierherd, M. J., Figueroa, M., De la Fuente, A., Garrote, N., Hernández, J., Fonnegra, V., Marinis, L., Mattera, M. F., Mattera, M. R., Luaces, L., Pignata, N., Ponce, G., Posleman, J., Presman, C., Pujol, S., Queirolo, C., Ronconi, L., Rua, M. I., Sas, N., Schulman, N., Selwood, I., Siderio, A. J., Simon, F., Snaider, M., Tordi, A. T., Urribarri, R., y Weinberg, I. (2019). Convención sobre los Derechos del Niño Comentada. Ministerio Público Tutelar.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010.

Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal de España, en el recurso N°. 2293/2019 de fecha 17 marzo de 2021.

Eric García López, Mila del Capo, David González Trijueque. “Sobre la llamada violencia vicaria”. Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Diana Carolina Tibaná Ríos, Diana Alejandra Arciniegas Ramírez, Ingrid Julieth Delgado Hernández. “Tipos y manifestaciones de la violencia de género: una visibilización a partir de relatos de mujeres víctimas en Soacha, Colombia”. Prospectiva. Revista de Trabajo Social e intervención social, (30), págs. 117-144.

Opinión de Raúl Hiraakawa Andia, abogado experto en violencia de género: <https://www.laopiniondezamora.es/zamora-ciudad/2021/06/27/maltratador-cuenta-regimen-visitas-ejercer-54360826.html>

Diana Carolina Tibaná Ríos, Diana Alejandra Arciniegas Ramírez, Ingrid Julieth Delgado Hernández. “Tipos y manifestaciones de la violencia de género: una visibilización a partir de relatos de mujeres víctimas en Soacha, Colombia”. Prospectiva. Revista de Trabajo Social e intervención social, (30), págs. 117-144

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 15.

Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal de España, en la sentencia



**ECUADOR**  
CASO 28-15-IN  
Fallos Remitidos

239/2021, del recurso N°. 2293/2019 de fecha 17 marzo de 2021.

Monroy Cabra con base en las sentencias de la Corte Constitucional de Chile. Vid. Marco Gerardo Monroy Cabra. Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Librería Ediciones del Profesional LTDA., Bogotá: 2011. Págs. 766 a 771.

Artículo 1 de “The Children Act” o “El acta de los niños” de 1989 en el cual se desarrolló una lista en la que se podría verificar el interés superior de NNA.

**Medidas de reparación  
integral adoptadas**

Disponer que la Defensoría del Pueblo, contando con la participación activa de las organizaciones sociales y de manera coordinada con los distintos organismos estatales, en el plazo máximo de 90 días contados desde la notificación de la presente sentencia, prepare un informe que considere parámetros para otorgar la tenencia de NNA, de conformidad con los criterios desarrollados en esta sentencia. La Defensoría del Pueblo deberá remitir a la Corte Constitucional del Ecuador la constancia de presentación de dicho informe para que sea discutido ante la Asamblea Nacional al cumplirse el plazo de 90 días otorgado para su elaboración.

Disponer que la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de 12 meses, contados desde la presentación del informe por la Defensoría del Pueblo, continúe el debate del Proyecto del “Código Orgánico para la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes” respecto a lo relacionado con el encargo de la tenencia, siguiendo los parámetros establecidos en el párrafo 249 supra.

La Asamblea Nacional, a través de su representante, deberá informar trimestralmente sobre el avance y cumplimiento de esta medida a partir de la recepción del informe proporcionado por la Defensoría del Pueblo. Disponer que la Defensoría del Pueblo y el Consejo de la Judicatura, de forma conjunta y en el plazo de 6 meses, elaboren un plan de capacitación dirigida a funcionarios judiciales que resuelvan casos relacionados a niñez y adolescencia, para que se proporcione formación referente a la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia; que incluya formación sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del CEDAW. Las capacitaciones podrán realizarse a través de medios telemáticos.

Disponer que la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública, de forma conjunta y en el plazo de 6 meses, elaboren un plan para informar a la ciudadanía sobre las características del servicio que esta última brinda en materia de niñez y adolescencia, de conformidad con el artículo 14, numeral 5, de la Ley Orgánica de Defensoría Pública. Para justificar el



**ECUADOR**  
CASO 28-15-IN  
Fallos Remitidos

cumplimiento de la disposición, ambas instituciones deberán remitir en un plazo de 8 meses contados desde la notificación de la sentencia, la constancia de dicho plan y de su aplicación.

Disponer que el Consejo de la Judicatura, en el término máximo de 10 días desde su notificación, efectúe una amplia difusión del contenido de la presente sentencia mediante oficio dirigido a las juezas y jueces, defensores y defensoras públicas, a través de su correo institucional y a los miembros del Foro de Abogados. El Consejo de la Judicatura deberá justificar documentadamente el cumplimiento integral de la presente medida ante esta Corte dentro de los 5 días posteriores de haber finalizado el término concedido para tal efecto.

Disponer que, durante los 12 meses siguientes a la notificación de esta sentencia, el Consejo de la Judicatura efectúe una publicación del contenido de la sentencia en su sitio web institucional, a través del banner principal de dicho portal. Para justificar el cumplimiento de la disposición, el Consejo de la Judicatura deberá remitir en un término de 10 días contados desde la notificación de la sentencia, la constancia de la publicación en el sitio web institucional.

**Fallo** En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. Aceptar la acción pública de inconstitucionalidad N°. 28-15-IN.
2. Declarar la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: (i) “la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre” y (ii) “se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”.

**Votación por la que fue adoptada** Mayoritario: votos de los jueces:  
Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Hernán Salgado Pesantes

**Votos concurrentes o disidentes:** Votos concurrentes:  
Ramiro Ávila Santamaría

Votos salvados:  
Carmen Corral Ponce; Teresa Nuques Martínez  
La jueza Daniela Salazar Marín NO consigna su voto

**Otros datos de interés** [http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicwNDI2ODI1NC1IYWJIL-TQwYWYtYmFkOS0zNjFhODImMTRmNDEucGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOicwNDI2ODI1NC1IYWJIL-TQwYWYtYmFkOS0zNjFhODImMTRmNDEucGRmJ30=)



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herreria Bonnet

Quito, D.M., 24 de noviembre de 2021

**CASO No. 28-15-IN**

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,  
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y  
LEGALES, EMITE LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA**

**Tema:** En esta sentencia, se resuelve la acción pública de inconstitucionalidad presentada por Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia, en contra el artículo 106, números 2 y 4 del Código de la Niñez y Adolescencia. La Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad por el fondo de las frases “*la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre*” y “*se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija*” de las normas impugnadas, por ser contrarias al principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, al derecho a la igualdad, y a la corresponsabilidad parental.

*Índice*

1. <i>Antecedentes</i> .....	2
2. <i>Competencia</i> .....	4
3. <i>Norma impugnada</i> .....	4
4. <i>Fundamentos de las partes</i> .....	4
4.1. <i>Argumentos de los accionantes</i> .....	4
4.2. <i>Argumentos de Asamblea Nacional del Ecuador</i> .....	8
4.3. <i>Argumentos de la Procuraduría General del Estado</i> .....	9
4.4. <i>Argumentos de la Presidencia de la República</i> .....	10
4.5. <i>Argumentos de los Amici Curiae</i> .....	10
4.5.1. Coparentalidad Ecuador.....	10
4.5.2. Santiago Palacios Cisneros.....	11
4.5.3. Serginho Paolo Vega López.....	12
4.5.4. Vanessa Samantha Morejón Obando.....	12
4.5.5. Andrea Maru Irigoyen Ponce.....	12
4.5.6. Frans Serpa Larrea.....	13
4.5.7. Gabriel Borja Etlis, Luis Raúl Puente Villa, Jorge Paul Pallares Gonzalez, Jimena Elizabeth Tapia Mindiola, Danny Alexander Puente Proaño, Jonathan Patricio Fernández Salazar.....	13
4.5.8. Diego Esteban Rivadeneira Icaza, Pedro José Freire Vallejo y Francisco Xavier Semblantes Vorbeck.....	13
4.5.9. Jaime Borja Padilla.....	14
4.5.10. Galo Javier Santana Nan.....	14
4.5.11. María José Machado Arévalo.....	15
4.5.12. María Poema Carrión Sarzosa.....	16



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

4.5.13. Corporación de Estudios Decide, voluntarias de la Liga de la Leche Ecuador, María Daniela Ayala Alvarez y Sylvia Bonilla Bolaños. ....	17
4.5.14. Valeria Patricia Torres Espín .....	19
4.5.15. Carlos Andrés Isch Pérez .....	20
4.5.16. Edison Xavier Bayas Moposita .....	21
<b>5. Problemas jurídicos identificados.....</b>	<b>23</b>
<b>6. Análisis.....</b>	<b>23</b>
<b>6.1. Consideraciones previas sobre la patria potestad, tenencia y coparentalidad. ....</b>	<b>23</b>
<b>6.2. ¿Los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los NNA?.....</b>	<b>28</b>
6.2.1. Análisis del principio del interés superior de los NNA. ....	46
<b>6.3. ¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental?.....</b>	<b>51</b>
<b>6.4. Sobre la violencia vicaria .....</b>	<b>54</b>
<b>7. Consideraciones adicionales.....</b>	<b>57</b>
<b>7.1. Parámetros para evaluar, caso por caso, el encargo de la tenencia de los NNA. ....</b>	<b>58</b>
<b>8. Decisión.....</b>	<b>60</b>

## 1. Antecedentes

1. El 1 de abril de 2015, Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia (“**accionantes**”) presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra de los números 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia de 3 de enero de 2003, expedido por el Congreso Nacional.
2. El 28 de abril de 2015, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la presente acción pública de inconstitucionalidad y se otorgó el término de quince días para que la Presidencia de la República, la Asamblea Nacional y la Procuraduría General del Estado se pronuncien.
3. El 2 de junio de 2015, Marcos Arteaga Valenzuela, Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado (“**PGE**”), presentó sus descargos sobre la acción propuesta.
4. El 2 de junio de 2015, Alexis Mera Giler, Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República y delegado del Presidente de la República, presentó sus descargos sobre la acción propuesta.
5. El 16 de diciembre de 2016, Henry Santiago Villarreal Revelo, Paúl Armando Rodríguez Dávalos y Dennis Fernando Cazar Ramírez, miembros de la organización “Coparentalidad Ecuador”, presentaron un *amicus curiae*.
6. Mediante providencia de 25 de enero de 2017, el entonces juez constitucional Alfredo Ruiz Guzmán convocó a audiencia el 9 de febrero de 2017<sup>1</sup>, donde intervinieron: Farith

<sup>1</sup> Fs. 90, expediente Corte Constitucional del Ecuador.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrería Bonnet

Simon Campaña, en calidad de director de la clínica jurídica de la Universidad San Francisco de Quito; Erick Pineda, por parte de la Presidencia de la República; Francis Abad, a nombre de la Asamblea Nacional; y, Jenny Veintimilla Endara por parte de la PGE. Además, intervinieron Henry Santiago Villareal, como miembro de la organización “Coparentalidad Ecuador”, en conjunto con sus abogados, Fabián Hernández y Santiago Palacios Cisneros.

7. En escrito de 3 de febrero de 2017, Santiago Palacios Cisneros presentó un *amicus curiae*.
8. El 5 de febrero de 2019, se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional los jueces constitucionales que conforman la actual Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República del Ecuador.
9. En virtud del sorteo de fecha 9 de julio de 2019, se designó al juez constitucional Enrique Herrería Bonnet para la continuación del trámite de esta causa, quien avocó conocimiento el 21 de julio de 2021.
10. El 23 de agosto de 2019, Serginho Paolo Vega López presentó un *amicus curiae*.
11. El 11 de marzo de 2020, Frans Serpa Larrea, Andrea Maru Irigoyen Ponce, Vanessa Samantha Morejón Obando presentaron, por separado, *amici curiae*.
12. El 17 de junio de 2021, se presentaron *amici curiae* por parte de Gabriel Borja Etlis; Luis Raúl Puente Villa, en representación de la Asociación ecuatoriana de Abuelos que no pueden ver a sus Nietos-sede Pichincha; Jaime Borja Padilla; Jorge Paúl Pallares González, en representación de la organización Comprometidos por Nuestros Hijos; Galo Javier Santana Nan, en representación de Coparentalidad Puyo; Danny Alexander Puente Proaño, Jonathan Patricio Fernández Salazar y Jimena Elizabeth Tapia Mindiola, en representación de la organización Corresponsabilidad e Igualdad; Diego Esteban Rivadeneira Icaza, Pedro José Freile Vallejo y Francisco Xavier Semblantes Vorbeck, en representación de la Fundación Padres por Justicia.
13. El 23 de agosto de 2021, María José Machado Arévalo presentó un *amicus curiae*.
14. El 27 de agosto de 2021, María Poema Carrión Sarzosa presentó un *amicus curiae*.
15. El 30 de agosto de 2021, la Corporación de Estudios Decide, representada por Ruth Elizabeth García Alarcón y las voluntarias de la Liga de la Leche Ecuador representadas por Jenny Alexandra Zambrano Rojas, en calidad de organizaciones de la sociedad civil; y, María Daniela Ayala Álvarez y Sylvia Bonilla Bolaños, en calidad de abogadas en libre ejercicio y especialistas en derecho de familia, género y derechos humanos presentaron un *amicus curiae*.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

16. El 31 de agosto de 2021, Valeria Patricia Torres Espín presentó un *amicus curiae*.
17. El 1 de septiembre de 2021, María Cristina Almeida, en calidad de Presidenta de la Fundación Nina Warmi presentó un escrito.
18. El 7 de septiembre de 2021, Carlos Andrés Isch Pérez presentó un *amicus curiae*.
19. El 18 de octubre de 2021, Edison Xavier Bayas Moposita presentó un *amicus curiae*.

## 2. Competencia

20. El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente acción de inconstitucionalidad de conformidad con lo previsto por el artículo 436 números 2, 3 y 4 de la Constitución de la República del Ecuador (“CRE”), en concordancia con los artículos 75 y 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”).

## 3. Norma impugnada

21. La presente acción de inconstitucionalidad fue planteada en contra de los números 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (“CONA”), que prescriben:

*Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:*

*[...] 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; [...].*

*4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija; [...].<sup>2</sup>*

## 4. Fundamentos de las partes

### 4.1. Argumentos de los accionantes

22. Fundamentan la presente acción de inconstitucionalidad pues, a su criterio, la norma impugnada: **(i)** vulnera el principio de igualdad y perpetúa estereotipos sobre el rol cultural de la mujer en una sociedad patriarcal; y, **(ii)** contradice el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes (“NNA”).

<sup>2</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 106.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

23. Para argumentar la vulneración al principio de igualdad, transcriben el número 4 del artículo 66 de la CRE<sup>3</sup>, y los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>4</sup>. A su criterio, la distinción entre hombre y mujer para atribuir la patria potestad y la tenencia es injustificada. Así, realizan un test de razonabilidad para valorar si esta distinción deviene en un acto de discriminación.<sup>5</sup>
24. Sobre si la norma es adecuada, manifiestan que “*el régimen de preferencia materna no es adecuado para precautelar el bienestar del niño*”<sup>6</sup>, pues no se logra un fin constitucionalmente válido. Afirman, incluso, que se violan derechos reconocidos en la CRE como la igualdad, corresponsabilidad parental, no discriminación e interés superior de NNA.
25. En lo referente a la necesidad, mantienen que la distinción entre padre y madre no es la única medida que existe, pues para decidir de conformidad con el interés superior de NNA se debería llevar un análisis caso por caso, “*distinto a la preferencia materna*”<sup>7</sup>.
26. En relación a la proporcionalidad en sentido estricto, aseveran que:
- la preferencia materna no es proporcional ya que este trato desigual sacrifica valores y principios de mayor peso que los que se pretende satisfacer por medio de esta distinción. Aparentemente, esta disposición gira en torno a la protección del menor ya que se ha entendido que la madre es la persona idónea para cuidar al niño. No obstante, el hecho de que siempre se deba atribuir la tenencia a la madre, perpetúa un estereotipo discriminatorio a las mujeres, a la vez que resulta incompatible con el principio del interés superior del niño.*<sup>8</sup>
27. Concluyen que la distinción contenida en la norma impugnada es discriminatoria e inconstitucional, pues no se cumple ninguno de los requisitos del test.

<sup>3</sup> El número 4 del artículo 66 de la CRE señala que: “*se reconoce y garantizará a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y a la no discriminación*”. Los accionantes indican que los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos también reconocen el mismo derecho.

<sup>4</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículos 1 y 24, respectivamente: “*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*” y “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*”

<sup>5</sup> Los accionantes utilizan el estándar de la sentencia N°. C-022/96 de 23 de enero de 1996 de la Corte Constitucional de Colombia, en la que se señala que debe existir una distinción legítima bajo estos tres requisitos o se convertiría en discriminación: (i) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (ii) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (iii) proporcionada, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.

<sup>6</sup> Fs. 15, expediente Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>7</sup> Fs. 15, expediente Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>8</sup> Fs. 16, expediente Corte Constitucional del Ecuador.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrería Bonnet

28. Sostienen que la norma impugnada viola el principio de corresponsabilidad parental, pues al mantener “*un régimen de preferencia materna en la tenencia del niño, se impide que los padres y las madres gocen de los mismos derechos y obligaciones frente a sus hijos*”.<sup>9</sup>
29. Con base en los artículos de la CRE que contienen el principio *ibídem* y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recalcan que, en caso de que se disuelva el matrimonio, debe primar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en la toma de decisiones sobre la vida de NNA.
30. A su entender, la norma impugnada también es contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente el artículo 5, número 2 del artículo 14 y artículo 18, que se relacionan a las obligaciones comunes que tienen hombre y mujer respecto a la crianza de los hijos y su desarrollo.
31. En este sentido, consideran que la norma impugnada estaría desactualizada y no responde a la realidad actual. Presentan ejemplos de los ordenamientos jurídicos de Chile, España, Argentina, Uruguay, Perú y Colombia para mostrar que la ley no debe realizar ningún tipo de preferencia entre padre y madre para otorgar la tenencia.
32. Para justificar sus pretensiones, emplean la observación general N°. 14, expedida por el Comité de los Derechos del Niño, la cual prescribe:

*Las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso.*<sup>10</sup> (énfasis pertenece a la demanda).

33. Por otro lado, afirman que la norma impugnada es discriminatoria para las mujeres, ya que, sin ningún sustento, considera como cierto un estereotipo referente a que son “*más idónea[s] para el cuidado de los hijos*”<sup>11</sup> por su sola condición de ser mujer. Así, mencionan el preámbulo y los artículos 5 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (“**CETFDM**”), para recalcar la responsabilidad compartida de hombres y mujeres en cuanto a la crianza de los hijos.

<sup>9</sup> Fs. 16, expediente Corte Constitucional del Ecuador. Al respecto, mantienen que al declarar la inconstitucionalidad de los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA, se logrará que “*puedan ambos compartir la tenencia y evitar que uno de ellos sea un mero visitador*”.

<sup>10</sup> Fs. 19, expediente Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>11</sup> Asimismo, en audiencia uno de los legitimados activos mencionó que se genera un estereotipo pues se considera que la madre siempre será la mejor cuidadora y que ello conllevaría a encontrarse en una situación de inferioridad con respecto a la obtención del encargo de la tenencia.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

34. Aluden también a la obligación del Estado de adoptar medidas para asegurar condiciones de igualdad entre padres y madres en lo referente al cuidado y crianza de NNA. Advierten que en caso de seguir perpetuando el estereotipo respecto al rol de la mujer en la familia, se continuará afectando la situación de las mujeres en el campo laboral.<sup>12</sup>
35. A su criterio, la norma impugnada es violatoria al principio de igualdad por dos motivos: **(i)** por la preasignación materna que impide el ejercicio equitativo de derechos y obligaciones entre padres y madres; y, **(ii)** por reforzar los estereotipos del rol de la mujer en la familia.
36. Con sustento en el caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recuerdan que una de las consecuencias de asignar roles a cada género, es que estos patrones llegan a institucionalizarse, generando un desequilibrio entre los derechos y deberes de los progenitores.
37. Su fundamento para sostener que la norma impugnada es contraria al principio de interés superior de NNA, se sustenta en el análisis de tres elementos del principio *ibidem*: opinión, identidad y preservación del entorno familiar de NNA.
38. Recalcan que de conformidad con la observación general N°. 14<sup>13</sup>, el interés superior de NNA es prioritario frente a otros intereses, por lo que se debe evaluar cada caso para decidir sobre la tenencia. Consideran que la asignación automática a la madre, a falta de acuerdo sobre la tenencia, presupone una rigidez en la toma de decisiones que se convierte en una acción discriminatoria.
39. Afirman que la norma impugnada es inconstitucional, específicamente el número 2, porque asigna automáticamente la tenencia a la madre, a falta de acuerdo sobre la misma, sin considerar la opinión de NNA.
40. En lo referente a la opinión de NNA, sostienen que deben ser consultados sobre los asuntos que les afecten y su opinión debe ser tomada en consideración, en función de la edad y madurez.
41. En cuanto a la identidad, mantienen que existe incompatibilidad respecto a ésta y la norma impugnada. A pesar del divorcio de los progenitores, para NNA los padres siguen

<sup>12</sup> Afirman que, “el rol reproductivo de las mujeres no se debe convertir en una variable excluyente y discriminatoria de ellas en su acceso al trabajo” y que la norma impugnada “podría parecer que reconoce un derecho para las madres pero, en realidad, al imponer la idea de que es siempre la mujer quien debe cuidar de los hijos se está limitando su mercado laboral”. Para fundamentar aquello, citan el informe sobre “El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales” (2011), Washington: OEA, p. 59; así como el Informe N°. 28/98, caso N°. 11.625, María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala, 6 de marzo de 1998.

<sup>13</sup> Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

constituyendo una familia. Por ende, la preferencia materna “*obstaculiza al niño o adolescente cuyos padres son divorciados, a mantener un vínculo directo con el padre al que no se le ha conferido la tenencia del menor*”<sup>14</sup>.

42. En lo referente a la preservación del entorno familiar de NNA, argumentan que la norma es contraria pues:

*el otorgamiento de la tenencia de forma exclusiva y arbitraria a la madre cuando ambos padres son igualmente aptos, impide que el niño tenga este contacto continuo con su núcleo familiar. Es así que, no se permite que todos los integrantes puedan cumplir con sus obligaciones respecto del menor. Además, la regla de preferencia materna impide preservar la unidad familiar ya que, al contrario, refuerza la separación familiar e impide que exista un verdadero fortalecimiento del núcleo familiar.*<sup>15</sup>

43. Con sustento en la falta de cumplimiento de los tres elementos mencionados *ut supra*, aseveran que la norma impugnada es contraria al interés superior de NNA.
44. Dentro de la audiencia, establecieron que la norma viola obligaciones internacionales, por lo que se debe evaluar caso por caso la tenencia y establecer parámetros para evaluar el interés superior de NNA. Cuestionaron lo que ocurre con “*los niños más pequeños [que] no se pueden dar a entender de manera adecuada*” y afirman que, el hecho de “*que sean niños no les priva de dar su expresión*”.
45. Finalmente, en su demanda expresan que la visión adultocéntrica genera la existencia de una preferencia materna; y, en consecuencia, no se considera el interés superior de NNA.
46. Con base en los argumentos reproducidos, los accionantes pretenden que se admita a trámite la demanda y se declare la inconstitucionalidad de los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA.

#### 4.2. Argumentos de Asamblea Nacional del Ecuador

47. El 20 de mayo de 2015, César Pólit, en representación de la Asamblea Nacional remitió las actas del primer y segundo debate del CONA.
48. En la audiencia de 9 de febrero de 2017, Francis Abad, en representación del legislativo, planteó que la demanda afecta “*un elemento fundamental de la sociedad (...) considerar la maternidad como función social*”. En este sentido, afirmó que la norma impugnada “*se justifica por las necesidades de la propia naturaleza*”, pues “*la ley es sabia*” y “*es cuestión del abogado (...) demostrar qué es lo que más conviene, pero en litigio*”.
49. Argumentó que:

<sup>14</sup> Fs. 25, expediente Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>15</sup> Fs. 31, expediente Corte Constitucional del Ecuador.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrería Bonnet

*por ley, por naturaleza, estarán con la madre ya que el padre no concibe, el padre no fecunda, el padre no es responsable de la gestación, el padre no alimenta –mientras es feto–, el padre no pare, el padre no amamanta, ese vínculo que genera la naturaleza porque así se ha preservado la especie.*

50. Consideró que la ley protege el vínculo generado por la “maternidad” y que éste es “fuerte muy por encima del vínculo que puede existir con el padre por más excelentes padres que existan. A no ser que el ejemplo sea con una madre desnaturalizada, que hasta allá no llega la ley” [sic].
51. Por las razones expuestas, concluyó expresando “¿Quién mejor para criar al hijo que la madre?”; manifestó que la norma impugnada es adecuada, necesaria y proporcional, y solicitó que se ratifique su constitucionalidad con el fin de que prevalezca el interés de NNA.
52. El 8 de agosto de 2021, Santiago Salazar Armijos, en calidad de procurador judicial de la Presidenta de la Asamblea Nacional del Ecuador, presentó un escrito en el que manifiesta que la demanda no contiene una argumentación constitucional válida.
53. Establece que la preferencia materna es necesaria ya que “durante el contexto histórico social, se ha demostrado que por motivos antropológicos, culturales, biológicos, y jurídicos, la madre responde de mejor manera al laso parental”. Considera que la norma ha buscado tutelar de mejor manera el principio de interés superior de NNA.
54. Solicita que se deseche la demanda, en virtud de la aplicación de los principios de control integral, de constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, de permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico, de configuración de la unidad normativa y de *in dubio pro legislatore*.

#### 4.3. Argumentos de la Procuraduría General del Estado

55. El 2 de junio de 2015, Marcos Edison Arteaga Valenzuela, Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado, presentó un escrito de descargo.
56. En lo referente a las alegaciones sobre el principio de igualdad, afirma que: “el principio de igualdad entre hombres y mujeres y el ejercicio del derecho a la igualdad, encuentran limitaciones sobre todo en el principio de interés superior del niño”<sup>16</sup>. A su criterio, la norma impugnada no es absoluta porque se debe tomar en cuenta los derechos de los NNA. En este sentido, señala que “al perseguir un fin legítimo, la limitación del principio de igualdad entre hombres y mujeres es justificado”<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Fs. 53, expediente Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>17</sup> *Ibid.*



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

57. Con respecto al principio de corresponsabilidad parental, arguye que los accionantes confunden este principio con el “*cuidado personal*”, por lo que las alegaciones realizadas por los accionantes no se justifican.

58. En audiencia de 9 de febrero de 2017, Jenny Veintimilla Endara, por parte de la Procuraduría General del Estado, consideró que “*las normas impugnadas tratan sobre la patria potestad mas no sobre la tenencia*” y requirió que se dicte una sentencia moduladora.

#### 4.4. Argumentos de la Presidencia de la República

59. El 2 de junio de 2015, Alexis Mera Giler, en calidad de secretario general jurídico de la Presidencia de la República, presentó un informe en el que señala que:

1. El CONA fue expedido en el 2003, por lo que este cuerpo normativo es anterior a la vigencia de la CRE del 2008.
2. Se allanan a la demanda de inconstitucionalidad, ya que el interés superior de los NNA debe ser precautelado. No obstante, consideran que:

*dado el desarrollo psico-senso-motriz de los niños y niñas en temprana edad, consideramos pertinente que aquellos sean confiados a la madre al menos hasta los 2 años de edad, por lo cual, en tal sentido, estimamos pertinente se expida por parte de la Corte Constitucional una sentencia moduladora.*

60. En la audiencia, Erick Pineda, en representación de la Presidencia de la República, afirmó que la norma impugnada no constituye un estereotipo ya que la madre debería estar a cargo del cuidado hasta el primer año, por lactancia. Indicó que los criterios que se expidan deben sustentarse en estudios técnicos, psicológicos y sociales.

61. Finalmente, sostuvo que la Organización Mundial de la Salud establece que NNA deben estar con su madre, por lo menos hasta el año. Cuestionó: “¿*Quién o cómo se harán las visitas de los niños? ¿cuáles son los criterios para que un juez adopte el mejor criterio con respecto a la patria potestad?*”.

#### 4.5. Argumentos de los *Amici Curiae*

62. De conformidad con el artículo 12 de la LOGJCC se presentaron los siguientes escritos y alegaciones en calidad de *amicus curiae* dentro del caso N°. 28-15-IN:

##### 4.5.1. Coparentalidad Ecuador

63. El 16 de diciembre de 2016, Henry Santiago Villarreal, Paúl Armando Rodríguez Dávalos y Dennis Fernando Cazar Ramírez, miembros de la comunidad de



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

Coparentalidad Ecuador (“**Coparentalidad Ecuador**”), presentaron un escrito en el que exponen que:

1. Su interés radica en que los padres, en caso de separación, mantengan el contacto con NNA, basado en un acuerdo proporcional de derechos y obligaciones.
  2. Buscan evitar situaciones de alienación parental y estigma hacia la figura paterna.
  3. Sugieren la incorporación de la figura de la tenencia compartida.
  4. Determinan que la norma impugnada es contraria al artículo 11 del CONA, ya que refuerza el sistema monoparental y viola los principios de igualdad entre padre y madre.
  5. A su entender, la norma impugnada es contraria a la corresponsabilidad parental y al interés superior de NNA, “*beneficiando*” solo a la madre en lo referente a la tenencia de los hijos.
64. Así, cuestionan “¿*acaso los derechos y obligaciones [de la tenencia] le corresponden solo a la madre?*”<sup>18</sup>.

#### 4.5.2. Santiago Palacios Cisneros

65. El 3 de febrero de 2017, Santiago Palacios Cisneros por sus propios derechos, presentó un escrito en el que argumenta que el Ecuador suscribió y ratificó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, por lo que, al no reformar el artículo 106 del CONA, el país sería el único que no está honrando su compromiso.
66. Reconoce que en varios países<sup>19</sup> existe jurisprudencia vinculante y normativa que regula la tenencia compartida y reconoce que el hombre y la mujer tienen “*la misma capacidad para precautelar sobre el cuidado del menor*”.
67. Asevera que:

*en el fondo debemos ver desde los ojos de nuestros hijos. Que ven ellos cuando están frente a un proceso de separación. Es una lucha de amor, y lucha para erradicar el machismo. Vernos iguales, acabará la violencia. Que nuestros hijos no crezcan huérfanos emocionales.*<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Fs. 69. expediente Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>19</sup> A su consideración, la custodia compartida existe en Estados Unidos, México, Colombia, Perú, Chile, Argentina, Uruguay, Brasil, Venezuela, Bolivia, Panamá, España, Alemania, Francia, Reino Unido e Italia.

<sup>20</sup> Dichos argumentos fueron esgrimidos en la audiencia de 9 de febrero de 2017.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrería Bonnet

**4.5.3. Serginho Paolo Vega López**

68. El 23 de agosto de 2019, Serginho Paolo Vega López por sus propios derechos, presentó un escrito en el que afirma que se debe practicar un control de convencionalidad pues la norma impugnada es contraria a la igualdad formal. Además, remarca la existencia de una “*injustificada*” e “*injusta*” preferencia materna.

69. Manifiesta que la norma viola el derecho de la igualdad formal y genera discriminación en contra de las mujeres, ya que:

*Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones respecto a su estabilidad emocional, económica, madurez psicológica, condiciones de prestar a las hijas e hijos la dedicación integral ¿por qué existe una ley que segrega al padre?, ¿cuál es la justificación objetiva y razonable para preferir a la madre? (...).*

70. Considera que la norma impugnada es atentatoria al derecho a la igualdad material puesto que el padre, en la práctica, está imposibilitado de ser un agente activo en el desarrollo integral de sus hijos.

71. Afirma que la custodia monoparental materna es contraria a los números 1 y 5 del artículo 69, y al artículo 83 numeral 16 de la CRE. Considera necesario implementar la custodia compartida, para que prime la corresponsabilidad parental y concluye que “*el padre no puede limitarse a ser un proveedor económico (...)*”.

**4.5.4. Vanessa Samantha Morejón Obando**

72. El 11 de marzo de 2020, Vanessa Samantha Morejón Obando por sus propios derechos, presentó un escrito en el que afirmó que, en lo referente a la tenencia monoparental materna, la norma impugnada tiene un trasfondo “*machista*” por mantener a la mujer “*dentro del rol de género heredado en una sociedad (...)*”. Considera que la norma impugnada:

*es una institución que cosifica a las hijas e hijos prácticamente teniéndolos como objetos (...) es una oportunidad para que las madres tomen el control de las hijas e hijos y los usen como medio de chantaje para avasallar a los padres.*

73. Establece que, a través de la custodia compartida, NNA lograrán desarrollarse de mejor manera. Por lo que, “*si aman a papá y a mamá, ¿qué nos hace pensar que lo mejor para ellos es pasar 6 días y medio a la semana con la mamá y medio día con el papá?*”. Al respecto, solicita que se declare la inconstitucionalidad por razones de fondo de la norma impugnada y que se institucionalice la custodia compartida.

**4.5.5. Andrea Maru Irigoyen Ponce**

74. El 11 de marzo de 2020, Andrea Maru Irigoyen Ponce por sus propios derechos, presentó un escrito en el que expuso sus argumentos a favor de la custodia compartida.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrería Bonnet

75. Indica que el número 16 del artículo 83 de la CRE, el cual versa sobre la corresponsabilidad parental es una norma imperativa. Considera que la norma no puede devenir en ineficaz, y cuestiona “¿por qué negamos la oportunidad de que nuestros hijos e hijas crezcan compartiendo igual tiempo tanto con sus padres o madres separados?”.
76. Asevera que la norma impugnada es “injusta, ya que no existe razón fundamentada para dar trato preferente hacia la madre y relegándose al padre a un segundo plano”.
77. Manifiesta que existe una incongruencia, pues en la CRE se contempla la corresponsabilidad parental y en una norma infraconstitucional la tenencia monoparental materna. Concluye que “la ineficacia de la corresponsabilidad parental traducida en custodia compartida se debe a que se encuentra vigente la inconstitucional custodia monoparental materna establecida en [la norma impugnada]”.

#### 4.5.6. Frans Serpa Larrea

78. El 11 de marzo de 2020, Frans Serpa Larrea por sus propios derechos, presentó un escrito en el que afirma que, en caso de existir una preferencia legal, debería ser la tenencia compartida. La tenencia monoparental materna, a su criterio, crea una situación discriminatoria e injustificada.

#### 4.5.7. Gabriel Borja Etlis, Luis Raúl Puente Villa, Jorge Paul Pallares González, Jimena Elizabeth Tapia Mindiola, Danny Alexander Puente Proaño, Jonathan Patricio Fernández Salazar

79. El 17 de junio de 2021, Gabriel Borja Etlis, por sus propios derechos; Luis Raúl Puente Villa, en representación de la organización Asociación Ecuatoriana de Abuelos que no pueden ver a sus nietos-sede Pichincha; Jorge Paul Pallares González; Jimena Elizabeth Tapia Mindiola, Jonathan Patricio Fernández Salazar y Danny Alexander Puente Proaño, en representación de la organización Corresponsabilidad e Igualdad, presentaron de forma separada escritos en los que expusieron sus argumentos para que se declare la inconstitucionalidad de la norma impugnada.
80. En lo principal, citan el artículo 16 de la CETFDM y afirmaron que:

*el establecimiento de una norma que disponga la custodia monoparental materna, viola el instrumento internacional de derechos humanos (...) porque no se encuentra fundamentada esa institución y es evidente el sesgo consuetudinario de roles de género: la mujer se reduce a una mera criadora y al hombre un mero proveedor.*

#### 4.5.8. Diego Esteban Rivadeneira Icaza, Pedro José Freire Vallejo y Francisco Xavier Semblantes Vorbeck



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

81. El 17 de junio de 2021, Diego Esteban Rivadeneira Icaza, Pedro José Freire Vallejo y Francisco Xavier Semblantes Vorbeck, por sus propios derechos, presentaron un escrito en el que indican que la norma impugnada es contraria al derecho a la igualdad formal y material y no discriminación.
82. Exponen que la norma impugnada vulnera el principio de supremacía constitucional y que es incompatible con el derecho a la igualdad formal, toda vez que no existe “*paridad de trato entre la madre y el padre*”. Sostienen que “*no existe paridad en la aplicación del derecho, ya que existe una injustificada preferencia materna (...)*”. Advierten la necesidad de adoptar medidas legislativas que garanticen el goce efectivo del derecho a la igualdad.
83. Cuestionan: “*¿por qué existe una ley que segrega al padre? ¿cuál es la justificación objetiva y razonable para preferir a la madre?, ¿existe algún fin constitucional válido para realizar esa limitación al goce del derecho a la igualdad que también tiene el padre?*”, y concluyen que la norma es sospechosa de discriminación.
84. Sobre la igualdad material, arguyen que la norma impugnada es un obstáculo debido a que el padre se convierte en “*un personaje al que se le permitirá visitar a sus niños unas pocas horas cada dos semanas y, en el peor de los casos, se le impedirá el contacto con ellos de manera completa y de forma indefinida*”.
85. Señalan que, a pesar de que ambos progenitores pueden encontrarse en igualdad de condiciones, la norma impugnada transgrede la corresponsabilidad parental y la custodia compartida.
86. Afirman que la tenencia monoparental materna no tiene una razón justificable y objetiva que permita realizar una distinción entre padre y madre, por lo que se convierte en un “*acto flagrante injusto y discriminatorio, transgresor de derechos y principios fundamentales*”.

#### 4.5.9. Jaime Borja Padilla

87. El 17 de junio de 2021, Jaime Borja Padilla presentó un escrito alegando que la norma impugnada es contraria a la CRE. Desarrolla que la asignación materna es contraria a la corresponsabilidad parental y al derecho a la igualdad material y formal.

#### 4.5.10. Galo Javier Santana Nan

88. El 17 de junio de 2021, Galo Javier Santana Nan, en representación de la organización Coparentalidad Puyo, expuso que la norma impugnada es inconstitucional porque “*discrimina de manera formal y material a los padres*”. También sostiene que:

*La preferencia de la custodia materna no tiene fundamento jurídico, ya que si se realiza el examen de proporcionalidad respectivo, no se justifica que esa norma persiga un fin*



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrería Bonnet

*constitucionalmente válido. Simplemente se mantienen estereotipos de género superados, porque a la mamá se la condiciona como mera cuidadora y al papá como mero proveedor. Además, el artículo 83, numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador establece responsabilidades compartidas para los progenitores, y una de ellas es el cuidado. En caso de que los padres se separen y/o divorcien, de acuerdo a la norma mencionada, el cuidado aun en esos casos, deberá ser cumplido por ambos, no solo por la mamá.*

**4.5.11. María José Machado Arévalo**

89. El 23 de agosto de 2021, María José Machado Arévalo, por sus propios derechos, presentó un escrito en el que solicita que se rechace la demanda de inconstitucionalidad porque “*podría profundizar situaciones de violencia contra las mujeres y las infancias*”. A su criterio, la norma impugnada reconoce una desigualdad real entre mujeres y hombres, en virtud de la estructura imperante de género y la situación socioeconómica de ambos.

90. Afirma que los hombres tienen poca o nula implicación en la crianza de sus hijas e hijos, por lo que allí radica la necesidad de la preferencia materna, configurándose como una acción afirmativa. Considera que las leyes que *prima facie* parecen igualitarias, discriminan por resultado a las mujeres, y que la falta de preferencia materna generaría un ataque a la “*parentalidad*” por parte de los hombres. Así, manifiesta que:

*La custodia compartida está siendo utilizada por los padres agresores como un mecanismo potente para seguir ejerciendo violencia hacia las mujeres, pudiendo estas ceder a sus "pretensiones", por el miedo a perder a sus hijos/as, o con la esperanza de que así cese la violencia.*

91. Considera que, dentro de procesos judiciales, las mujeres se encontrarían en una desventaja, por su situación económica en relación a los padres, y debido a que “*la mayoría de jueces son hombres por los estereotipos de género*”. Indica que:

*Si bien, en abstracto, la eliminación de la preferencia materna podría contribuir a desterrar estereotipos de género, la realidad de los sectores más deprimidos y empobrecidos del país impone desventajas adicionales a las mujeres racializadas, en situación de movilidad humana, con discapacidad, en trabajo sexual/prostitución, lesbianas o trans. Perder la tenencia de hijas e hijos no sería difícil para las mujeres más empobrecidas y precarizadas, por carecer de medios para el acceso a la justicia y a un patrocinio adecuado y porque la mentalidad de las y los jueces sigue siendo predominantemente patriarcal. Si a la gran mayoría de las mujeres se las ha formado con la idea de que su destino principal es la maternidad, la posible pérdida de la tenencia de sus hijos e hijas podría provocarles un impacto emocional muy fuerte.*

92. Finalmente, manifiesta que el resultado de la eliminación de la preferencia materna es un privilegio para los hombres, pues conllevaría desigualdad para las mujeres en procesos judiciales.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

**4.5.12. María Poema Carrión Sarzosa**

93. El 27 de agosto de 2021, María Poema Carrión Sarzosa, en calidad de psicóloga presentó un *amicus curiae* en el que manifestó sus “preocupaciones” en los siguientes términos:

1. Transcribe extractos de la sentencia N°. 202-19-JH/21 para fundamentar la existencia de actuaciones discriminatorias asociadas a “factores estructurales y a cuestiones como la condición de niñez, mujer, discapacidad y situación de pobreza, que podrían agravar las vulnerabilidades (...)”.
2. Asevera que los artículos impugnados ya contienen la obligación para las juezas y jueces de que el principio de interés superior de NNA sea una consideración en la toma de decisiones; por lo que:

*Eliminar la preferencia materna de este articulado, no significa ningún aporte en términos de incorporar la valoración del principio de interés superior. Sin embargo, sí implica a nuestro entender, una obligación reforzada para juezas y jueces de evaluar el cumplimiento de este principio, considerando la igualdad de derechos entre padre y madre.*

3. Expone que:

*según el Consejo de la Judicatura, de 429 unidades y salas judiciales existentes en el país, apenas 48 tienen especialidad y especificidad en niñez y adolescencia; y, 7 comparten esta especialidad con materias tan variadas que van desde lo constitucional a lo mercantil, por lo que la especialidad resulta, por decir lo menos, dudosa.*

4. Sugiere que en Ecuador prima la desigualdad de género y, en esa línea, no existe igualdad material entre hombres y mujeres. Además, afirma que en Ecuador, el índice de feminidad en hogares pobres:

*es de 116,1 puntos (4,2 puntos por encima del índice regional). Esto quiere decir que, en el país, entre las personas que viven en situación de pobreza, la mayoría son mujeres.*

5. Así, compara la situación de Rosa Pérez Sigüencia y su familia –legitimada activa del proceso 202-19-JH/21– con el contexto ecuatoriano. Muestra los obstáculos que impiden que las mujeres pobres accedan al sistema de justicia y los estereotipos que alientan la discriminación por género, pobreza, discapacidad, entre otros. Argumenta que en caso de que las mujeres pobres requieran patrocinio legal, en situaciones de disolución de la sociedad conyugal, ellas no contarían con los recursos económicos para pagar por estos servicios.

6. Considera que:



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrería Bonnet

*de aceptarse la demanda de inconstitucionalidad materia de este análisis-, ¿qué garantiza que estas autoridades no tengan en consideración los ingresos económicos de los progenitores como uno de los elementos para determinar el interés superior de niñas y niños? Con ello, las hijas e hijos de mujeres pobres correrían el riesgo de sufrir una separación familiar de su progenitora por causas derivadas de la desigualdad material que sufren estas mujeres.*

7. Sobre los conceptos de unidad y separación familiar, María Poema Carrión Sarzosa indica que la demanda de inconstitucionalidad omite precisar que, en la Opinión Consultiva OC-17/2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos arguye que la separación familiar implica el completo distanciamiento de una niña, niño o adolescente respecto de sus progenitores y otros miembros de la familia. Para ella, la separación familiar podría entenderse como "la imposibilidad de los progenitores de cuidar de sus hijos, con todo lo que ello implica en términos de vinculación afectiva, crianza, satisfacción de necesidades y protección integral". Por lo anterior, considera que los demandantes no explicaron las razones por las que el ejercicio de la tenencia de uno de los progenitores genera separación familiar.

8. Finalmente, solicita que se rechace la demanda de inconstitucionalidad, ya que:

*la decisión que tome la Corte Constitucional tendrá un impacto directo en la legislación que realice la Asamblea Nacional respecto a los conceptos de "patria potestad", "tenencia", "separación familiar" y "privación del cuidado familiar". Por tanto, una modificación de dos numerales de un artículo, no sólo podría sentar las bases de un peligroso incremento de la desigualdad material entre madres y padres; sino que también podría tener efectos reduccionistas respecto a la necesidad de repensar temas tan amplios y complejos como las políticas públicas de prevención de la separación familiar innecesaria, las medidas de protección, el subsistema de protección especial y el diseño de los programas de cuidados alternativos para niñas, niños y adolescentes que realmente estén privados del cuidado parental, temporal o definitivamente.*

**4.5.13. Corporación de Estudios Decide, voluntarias de la Liga de la Leche Ecuador, María Daniela Ayala Alvarez y Sylvia Bonilla Bolaños.**

94. El 30 de agosto de 2021, presentaron un escrito en el que indicaron que la demanda presentada "es absolutamente superficial en cuanto se refiere al interés superior de los niños, niñas y adolescentes; y carece definitivamente de enfoque de género". Expusieron un análisis histórico sobre la patria potestad dentro del Código Civil Ecuatoriano, por el que consideran que la normativa actual representa "un avance en el ejercicio de derechos" y una acción afirmativa que:

*cierra las brechas de desigualdad y garantiza la autonomía de la mujer, no la coarta, al permitirle decidir dejar una relación sin tener miedo de perder el cuidado y crianza de sus hijos e hijas por esta decisión; acción afirmativa que además constituye una medida de protección en los casos en que existe violencia intrafamiliar.*



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrería Bonnet

95. Se preguntan: “¿por qué si en 1992 la regla se modifica a recomendación, se vuelve a establecer como regla la preferencia materna en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia?” La respuesta a su criterio es la violencia vicaria, puesto que consideran que la norma se encuentra contemplada como está, ya que es una medida de acción afirmativa “*tendiente a permitir que la mujer madre, pueda separarse de su pareja, sin importar las razones que generen esa separación, sin temor a ser amenazada con la pérdida de sus hijos e hijas*”, que permitiría alcanzar la igualdad material.
96. Además, hacen énfasis en que:
- [la] *preferencia materna, en su calidad de medida de acción afirmativa, no se encuentra encaminada a modificar los patrones socio-culturales por los que las mujeres en el Ecuador siguen siendo las dadoras principales de cuidado en nuestra sociedad; ya que esta norma no destruye el presupuesto por el cuidado sería el rol natural de las mujeres [sic]. Para ello se deben implementar políticas públicas y otras medidas normativas (como la Licencia por paternidad prevista en la normativa laboral), que prácticamente no han sido implementadas.*
97. Así, sostienen que la norma no es discriminatoria, ya que no se han modificado los patrones socio culturales que la originaron. Consideran que la preferencia materna garantiza la autonomía de las mujeres, ya que esto permitiría que salgan de círculos de violencia o de relaciones, con certeza de que sus hijos van a quedar a su cargo.
98. Bajo los criterios mencionados, afirman que la distinción de la norma impugnada es legítima y no se configura en un acto de discriminación ya que, a su criterio, esta es adecuada ya que el fin constitucionalmente válido, corresponde a la autonomía de la mujer. Es necesaria ya que “*su sola eliminación implicaría para las mujeres un detrimento en su autonomía, dando paso a que los y las hijas se conviertan en moneda de cambio*”; y, proporcionada pues la norma impugnada contempla “*la posibilidad de que los progenitores lleguen a un acuerdo*” y, establece que la norma impugnada solo aplica cuando: “*1) ambos progenitores demuestren iguales capacidades para el cuidado; 2) no implique una afectación al interés superior; y, 3) no suspende el ejercicio de la patria potestad a quien no se le encarga el cuidado*”.
99. Por ello, se preguntan:
- ¿Los avances respecto de la autonomía de las mujeres para decidir terminar una relación, alcanzados por esta medida de acción afirmativa, se mantendrá en el caso de eliminarse esta preferencia materna, o ocurrirá regresión en los derechos de las mujeres, generando condiciones para que se incremente la violencia vicaria limitando la autonomía de las mujeres para separarse de sus parejas?*
100. Dentro del *amicus curiae*, indican que la norma impugnada está destinada para determinar las reglas para confiar la tenencia; en lugar de alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad. Indican que “*la patria potestad se ejerce conjuntamente por los*



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

*progenitores en todos los casos” y que esta se ejerce de forma conjunta incluso después de la separación por lo que la norma impugnada no es inconstitucional, pues existe corresponsabilidad parental.*

- 101.**A su criterio, la norma impugnada dista de ser inconstitucional pues existen los regímenes de visita abiertos los cuales permiten mantener una relación entre el padre y los hijos e hijas, lo que implicaría que la norma no sea contraria al principio de corresponsabilidad parental. Además, señalan que el argumento de la demanda sobre el principio de corresponsabilidad debe ser desestimado, ya que la realidad social del país muestra que, a pesar de que el padre tenga la tenencia, los hijos serán encargados a otra mujer pues ellas son las dadoras principales de cuidado. Indican que *“eliminar la regla no modifica la realidad social y no transforma a los hombres en dadores de cuidado”*.
- 102.**Consideran que se debe tomar en cuenta que la lactancia materna es un derecho humano y que el Estado tiene la obligación de garantizar una vida libre de violencia vicaria, pues la norma impugnada como *“medida de acción afirmativa garantiza que al menos la tenencia no pueda ser utilizada como un mecanismo para ejercer este tipo de violencia al verse obligados a demostrar que el cuidado de la madre perjudica al interés superior de los hijos e hijas”*.
- 103.**Finalmente, solicitan que se declare la constitucionalidad de la norma impugnada *“al evidenciarse que se trata de una medida de acción afirmativa necesaria, cuya eliminación generaría la regresión de derechos de las mujeres, atentaría contra el derecho a la alimentación y salud de los lactantes y porque definitivamente no se han alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato de las mujeres”*.

#### **4.5.14. Valeria Patricia Torres Espín**

- 104.**En escrito de 31 de agosto de 2021, Valeria Patricia Torres Espín describe su experiencia personal y como enfrentó una serie de eventos de violencia estructural dentro del marco legal del Ecuador, perpetrado por el padre de su hijo desde 2006. Menciona que existía una relación inequitativa de poder en la que hubo abuso psicológico. Se hizo alusión a estos hechos para evidenciar que muchos hombres de la sociedad ecuatoriana mantienen una idea errónea sobre la mujer como *“objeto”*.
- 105.**Además, afirma que como en su caso deben existir muchos en los cuales otras adolescentes viven sin opciones y sin planes estatales que puedan asegurar una vida digna. Señala que las mujeres no pueden con todo lo que quieren imponer los estereotipos de género; principalmente, por la falta de equidad y oportunidades que existe para las mujeres.
- 106.**Por lo expuesto, expone que se requiere de: (i) una educación primaria donde las cuestiones de género se vayan borrando y se pueda educar a adultos funcionales independientemente de su definición sexo genérica; (ii) medidas estatales que fomenten el trabajo no remunerado para hombres y mujeres por igual; y, (iii) financiamiento y



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

políticas públicas que permitan espacios seguros para el cuidado de los menores mientras las mujeres jefas de hogar puedan cumplir con la jornada ordinaria o extraordinaria laboral.

**4.5.15. Carlos Andrés Isch Pérez**

**107.** El 7 de septiembre de 2021, el señor Carlos Andrés Isch Pérez, por sus propios derechos, presentó un escrito de *amicus curiae* en el que solicitó que se niegue la presente demanda de inconstitucionalidad por las siguientes razones:

- i. De los indicadores laborales y de pobreza se desprende que las mujeres sufren menor acceso al mercado laboral, menores ingresos y mayores obstáculos para su crecimiento profesional.
- ii. Pese a que la demanda de inconstitucionalidad plantea que la norma impugnada produce discriminación que perpetúa estereotipos en los roles de las mujeres, en el *amicus curiae* se establece que los prejuicios, en el ámbito laboral, nacen del hecho de ser madre o de ser mujer en edad de ser madre, indistintamente del rol que cada uno de los progenitores cumpla en la relación.
- iii. Para contrarrestar estos prejuicios se debería construir estructuras más equitativas desde la pareja y no cambiando la norma impugnada, lo que generaría mayor vulnerabilidad para las mujeres.
- iv. Como existe una distribución inequitativa de cargas entre hombres y mujeres, considera que si “*las mujeres están cargando con el peso del cuidado*” esto indicaría que “*están más capacitadas para el cuidado de sus hijos en la inmensa mayoría de los hogares*”. Lo que, a su vez, afectaría su crecimiento profesional. Al contrario de los hombres quienes: “*no interrumpen su crecimiento profesional, en parte gracias a que son las mujeres quienes realizan un sacrificio que hacen en favor del hogar y en favor del mismo crecimiento de los hombres*”.
- v. Afirma que otro problema que se observa en la actualidad es la falta de acceso a los sistemas financieros por parte de las mujeres; lo que acentúa su dependencia económica en sus parejas.
- vi. Arguye que esta dependencia económica genera tolerancia a la violencia, lo que se incrementa “*cuando existen hijos y es aún más grave cuando esos hijos provienen de una relación anterior*”.
- vii. Alega que la mayoría de mujeres no denuncian estos actos de violencia.

**108.** Por ende, como conclusiones asevera que la norma es constitucional pues no es absoluta, no es inmutable y permite al juez resolver, caso por caso, de acuerdo al interés superior de NNA; lo que debe ser analizado de forma prioritaria.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

**109.** Alega que en la mayoría de hogares del Ecuador, la madre se encarga de las actividades domésticas y tareas de cuidado, por lo que no existe corresponsabilidad en dichas actividades. Entonces, a su criterio, la norma impugnada no es la que establece un estereotipo contra las mujeres, “*sino que es la falta de voluntad de los hombres para asumir esas tareas (previa y posterior a la separación) la que lo hace*”. Agrega que la discriminación se produce por las estructuras familiares y sociales que desproporcionalmente generan diferencias a favor de los hombres; por lo que declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada generaría: (i) mayor asimetría en las relaciones de pareja entre hombres y mujeres; (ii) incremento en la tolerancia a la violencia; (iii) incremento a la violencia y uso de amenazas para pelear por la patria potestad como “*arma de chantaje para disminuir pensiones o perpetuar relaciones abusivas*”, lo que afectaría tanto a mujeres como a NNA; y, (iv) el sacrificio de las mujeres para el crecimiento profesional de sus parejas representaría un castigo ya que “*con seguridad se convertirá en central en la decisión de a quién se le confiere la patria potestad*”.

**4.5.16. Edison Xavier Bayas Moposita**

**110.** En escrito de 18 de octubre de 2021, Edison Xavier Bayas Moposita indica que la estructura fundamental de la sociedad y los estudios que han profundizado en la misma han demostrado que el núcleo familiar y las relaciones parentales han sido clave para dar forma al ser humano de hoy en día. Cita el informe realizado por el Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, en el que se señala que “*(...) la familia estable (padre, madre, hijos) arroja los mejores resultados en los más diversos indicadores relacionados con la educación, el bienestar físico y psíquico, la salud, las adicciones, la economía, la seguridad física, las relaciones padres-hijos, etc.*”

**111.** Además, menciona que:

*En general, tras las rupturas parentales los menores suelen pasar más tiempo con la madre y sin embargo de ello, esto no contribuye a un mejor desarrollo integral. Por el contrario, como se evidencia con la investigación (adjunto) liderada por Francisca Fariña, “la custodia compartida muestra ventajas frente a la exclusiva en diferentes ámbitos: psicológico y emocional, escolar académico, en la salud física y en la relación con ambos progenitores”, además se “demuestra empíricamente que, tras el divorcio, lo mejor para los hijos es la custodia compartida y el contacto sustancial con el padre no custodio. Además, existen también evidencias de que la custodia compartida es beneficiosa para los progenitores.*

**112.** Posteriormente, el señor Edison Xavier Bayas Moposita realiza un análisis jurídico en que cita la siguiente normativa:

**i.** Artículos citados:



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herreria Bonnet

- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que en su artículo 7 clara y textualmente proclama que *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*.
- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos que, en su parte pertinente, el artículo 24 indica que *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*.
- Constitución del Ecuador artículo 11, en su numeral 2 insta al Estado a adoptar *“medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”*.
- El artículo 66, en el correspondiente numeral 4, garantiza el *“Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”*.
- El artículo 67, respecto a la familia manifiesta que *“Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes”*.
- De forma literal, el artículo 70 manifiesta que *“El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres...”*.
- El artículo 44 obliga al Estado, la sociedad y la familia a crear las condiciones que garanticen el goce de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- El artículo 45, en su parte pertinente establece el derecho de los menores de edad a tener una familia y, sobre todo, disfrutarla.

**113.** En su escrito menciona que en el desarrollo de los citados artículos y en el contexto mismo de la CRE, es clara la naturaleza garantista de derechos y el afán de instituir la igualdad.

**114.** De igual forma, establece que el artículo 106 del CONA, en sus numerales 2 y 4 no se ajusta a la Constitución.

**115.** Asimismo, menciona que el ser madres y padres es una responsabilidad respecto a los menores de edad, que debe ser asumida con altura y en igualdad –de obligaciones y derechos– para incluso con ello, evitar agobiar la calidad de vida de uno u otro progenitor y permitir que los dos puedan llevar una vida digna, de realización personal, familiar, profesional, etc.

**116.** Afirma que la custodia compartida resulta más beneficiosa, tanto para los menores como para los progenitores.

**117.** Para concluir establece como pretensiones que:

- Se declare la inconstitucionalidad del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia, numerales 2 y 4; y,



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

- Se ordene la implementación de la custodia compartida, misma que garantiza la igualdad de condiciones de los progenitores y a la vez, el goce de los derechos de los NNA.

### 5. Problemas jurídicos identificados

**118.** Los accionantes esgrimieron argumentos, exclusivamente, sobre el fondo de la norma impugnada, por lo que para analizar su demanda se advierten dos problemas jurídicos:

1. ¿Los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los NNA?
2. ¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental?

### 6. Análisis

**119.** Respecto a los problemas jurídicos identificados y a los argumentos de los *amici curiae*, esta Corte procede a analizar la constitucionalidad por el fondo de los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA.

#### 6.1. Consideraciones previas sobre la patria potestad, tenencia y coparentalidad.

**120.** De los argumentos esgrimidos por los legitimados activos, se observa que la demanda de inconstitucionalidad está dirigida a las reglas para obtener la tenencia.

**121.** En vista de las alegaciones vertidas en los *amici curiae* y por las partes en la audiencia de 9 de febrero de 2017, es necesario delimitar el alcance de la demanda planteada y la naturaleza de las figuras jurídicas referidas.

**122.** El Código Civil contempla a la patria potestad como “*el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados (...)*”<sup>21</sup>. Como un avance respecto de la concepción anterior, el CONA establece que:

[...] *la patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.*<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Código Civil. Registro Oficial Suplemento N°. 46 de 24 de junio de 2005, artículo 283.

<sup>22</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 105.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

123. Dentro de los deberes y derechos de ambos padres<sup>23</sup>, en lo referente a la patria potestad, se observan dos ámbitos: personal y patrimonial. Ambos se conciben como un sistema de protección en el cual, el primero versa sobre el deber de cuidado, “*asistencia física, moral y educación*”; mientras que el segundo comprende los deberes y facultades de representarlos y administrar sus bienes.<sup>24</sup>
124. De acuerdo con la Constitución, en concordancia con el Código Civil, el padre y la madre **de forma conjunta**, deben velar por las obligaciones familiares y la protección de los intereses de NNA<sup>25</sup>, incluso cuando exista separación o divorcio.
125. Es decir, la separación de derecho de los padres o su separación *de facto* no pone fin a la patria potestad de ambos, ya que ésta es la consecuencia de un vínculo parento-filial que genera una relación jurídica directa y que no depende de la unión de los progenitores.<sup>26</sup>
126. Por ello, el artículo 118 del CONA dispone que se puede confiar el cuidado y la crianza a uno de los progenitores sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad.
127. El encargo judicial de la tenencia, por su parte, es la situación por la cual los NNA se encuentran bajo el cuidado de uno de los padres<sup>27</sup>. En otras palabras, es:
- el conjunto de derechos – función que les corresponde al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo*<sup>28</sup>.
128. De conformidad con la normativa vigente en el Ecuador, en el contexto de divorcio o separación, el encargo judicial de la tenencia se atribuye a uno de los progenitores y se establece un régimen de visitas para el otro. Por ello, el artículo 118 del CONA prescribe que la tenencia procede:

<sup>23</sup> Cabe aclarar que la referencia de madre y padre también tiene un alcance a todo tipo de conformación familiar en la que existen adultos encargados de la crianza de NNA, independientemente de su sexo.

<sup>24</sup> Marcela Acuña San Martín. “Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 28/1, 2015. Págs. 55-77. Asimismo, lo han entendido Rebeca Jara y Yolanda Gallegos al establecer que por la patria potestad padre y madre “*tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores*”. Rebeca Jara y Yolanda Gallegos. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores. Lima: 2008. Pág. 341.

<sup>25</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N°. 449 de 20 de octubre de 2008, artículo 69, número 5; artículo 83, número 16; y, artículo 333. Código Civil. Registro Oficial Suplemento N°. 46 de 24 de junio de 2005, artículo 307.

<sup>26</sup> Sobre esto, es importante recalcar que la tenencia no limita, revoca, o disminuye la patria potestad de quien no la ejerce.

<sup>27</sup> Rebeca Jara y Yolanda Gallegos citando a Chunga la Monja. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores. Lima: 2008. Pág. 435.

<sup>28</sup> Rebeca Jara y Yolanda Gallegos. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores. Lima: 2008. Pág. 435. Doctrinariamente se lo conoce como “*deber de convivencia o unidad de domicilio*”, ya que supone la proximidad física con los NNA. Rebeca Jara y Yolanda Gallegos citando a Fermín Chunga Lamónja. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores. Lima: 2008. Págs. 435 y 436.



**ECUADOR**  
**SENTENCIA CASO 28-15-IN**  
**Jurisprudencia**



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente: Enrique Herrera Bonnet**

[c]uando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, [podrá] confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, **sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad**, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.<sup>29</sup> (énfasis agregado).

- 129.** En función de la patria potestad, tanto el padre como la madre tienen el derecho de supervisar el desarrollo integral de NNA, y el deber de cuidado (primer ámbito), así como la representación y administración de sus bienes (segundo ámbito). No obstante, por la separación o divorcio –figuras que usualmente impiden la convivencia y la cohabitación– la tenencia se asignará a uno de los progenitores. De esta forma, uno de los mecanismos para ejercer la patria potestad es la tenencia; sin embargo, como quedó anotado, no es la única forma para ejercerla, ya que el ejercicio de la patria potestad también supone obligaciones de educación o de representación judicial y extrajudicial, entre otras.<sup>30</sup>
- 130.** Por ello, la Corte Constitucional observa que existe una confusión por parte de ciertos *amicus curiae* con respecto al alcance del artículo 106, numerales 2 y 4, del CONA. Esto en virtud de que la norma impugnada prevé reglas para la tenencia –es decir el cuidado y la crianza– y no para una atribución exclusiva de la patria potestad, la cual no depende de la unión de los progenitores<sup>31</sup>. En este sentido, el encargo de la tenencia es una forma de ejercer la patria potestad, pero como quedó anotado en el párrafo *ut supra*, no es la única.
- 131.** Por tales motivos, la Corte observa que el artículo 106 del CONA se refiere exclusivamente a las reglas para encargar la tenencia pues el mismo Código señala que la patria potestad se ejerce en conjunto. Es decir que, el artículo 106 del CONA no se refiere a la atribución de la patria potestad a uno de los progenitores ya que esta se ejerce

<sup>29</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 118. En la sentencia N°. 064-15-SEP-CC, la anterior conformación de la Corte Constitucional del Ecuador estableció que “Esta institución jurídica ‘designa el elemento material de la guarda, consistente principalmente en tener consigo al hijo menor que se halla bajo patria potestad, ejercitando algunos de los derechos-función que integran la patria potestad’. Asimismo, se encamina ‘a la protección del hijo menor y a su educación, y tiende al logro de un desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en su vida adulta’”. Corte Constitucional del Ecuador, caso N°. 0331-12-EP, sentencia N°. 064-15-SEP-CC de 11 de marzo de 2015, pág. 24.

<sup>30</sup> Ripert y Boulanger indican que “La patria potestad se descompone en una serie de derechos y de obligaciones determinados por la ley. A menudo las obligaciones son correlativas a los derechos. Es necesario considerar (...): 1° la tenencia y educación del hijo; 2° su mantenimiento y establecimiento; 3° (...) usufructo legal (entre otros)”. Rebeca Jara y Yolanda Gallegos citando a Georges Ripert y Jean Boulanger. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores. Lima: 2008. Pág. 315. *Vid.* Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 105. “La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al **cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley**” (énfasis agregado).

<sup>31</sup> Por regla general, la patria potestad se ejerce por ambos progenitores; no obstante, se puede ejercer de forma individual en casos de ausencia, suspensión, privación y limitación de la patria potestad respecto de uno de los progenitores.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herreria Bonnet

en conjunto y solo se puede limitar, suspender, privar o perder bajo las consideraciones de los artículos 111, 112 y 113 del Código referido<sup>32</sup>.

**132.** Por lo que, en cuanto al análisis de la norma impugnada, este se centra en el encargo de la tenencia –cuidado y crianza de los NNA–.

**133.** Entonces, para encargar la tenencia, el artículo 106 del CONA establece ciertas reglas<sup>33</sup>, dentro de las que se encuentra la norma impugnada. Así, el número 2 de la norma *ibidem*, se circunscribe en dos premisas:

<sup>32</sup> **Art. 111.-** Limitación de la patria potestad.- Cuando lo aconseje el interés superior del hijo o hija, el Juez podrá decretar la limitación de la patria potestad, respecto de quien o quienes la ejerzan, restringiendo una o más funciones, mientras persistan las circunstancias que motivaron la medida, o por el tiempo que se señale en la misma resolución.

**Art. 112.-** Suspensión de la patria potestad.- La patria potestad se suspende mediante resolución judicial, por alguna de las siguientes causas:

1. Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses;
2. Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la privación de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 113;
3. Declaratoria judicial de interdicción del progenitor;
4. Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada;
5. Alcohólico y dependencia de sustancias estupefacentes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija; y,
6. Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral.

Una vez desaparecida la causa que motivó la suspensión, el padre o madre afectado podrá solicitar al Juez la restitución de la patria potestad.

Suspendida la patria potestad respecto de uno de los progenitores; la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo o hija un tutor.

**Art. 113.-** Privación o pérdida judicial de la patria potestad.- La patria potestad se pierde por resolución judicial, por uno o ambos progenitores, en los siguientes casos:

1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado del hijo o hija;
2. Abuso sexual del hijo o hija;
3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;
4. Interdicción por causa de demencia;
5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses;
6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y,
7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija.

Privado uno de los progenitores de la patria potestad, la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo no emancipado un tutor. A falta de los parientes llamados por ley para ejercer la tutela sea porque no existe o porque no pueden asumirla, el Juez declarará en la misma resolución de privación, la adoptabilidad del niño, niña o adolescente. Cuando las conductas descritas en este artículo constituyan delito de acción pública de instancia oficial, el Juez remitirá de oficio copia del expediente al Fiscal que corresponda para que inicie el proceso penal<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Las reglas que establece el CONA en su artículo 106 son las siguientes:

- i. Oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión.
- ii. Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija.
- iii. A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrería Bonnet

1. **Regla:** en caso de desacuerdo entre los progenitores, existirá una preferencia materna; y,
2. **Condición:** salvo que se **pruebe** que la regla es perjudicial para los NNA, la tenencia seguirá confiándose a la madre.

134. En similar sentido, el número 4 del artículo referido plantea:

1. **Regla:** preferencia materna cuando ambos, padre y madre, demuestren igualdad de condiciones; y,
2. **Condición:** siempre que la preferencia materna no afecte el interés superior de NNA<sup>34</sup>.

135. En síntesis, la norma impugnada se refiere al encargo judicial de la tenencia. Esta figura dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a falta de acuerdo entre progenitores, es exclusiva de uno de ellos, prefiriendo la norma siempre la tenencia materna.<sup>35</sup>

136. Existen otros modelos de tenencia, como la coparentalidad o tenencia compartida<sup>36</sup>, la cual consiste en “*un modelo de organización (...) que descansa, precisamente, en la alternancia más o menos frecuente de la residencia del hijo*”<sup>37</sup>.

- iv. Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;
- v. Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;
- vi. En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113;
- vii. En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.
- viii. La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.

<sup>34</sup> Además de norma impugnada, se referirá a lo largo del proyecto como regla de la preferencia materna a ambos numerales –2 y 4 del artículo 106 del CONA-.

<sup>35</sup> “*Conforme a ella, el niño reside con uno de sus padres, otorgándole el cuidado directo que dicha convivencia exige*”. Fabiola Lathrop. “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 10, 2008. Págs. 9-37.

<sup>36</sup> Para efectos de esta sentencia se tratará a la coparentalidad y tenencia compartida como una misma institución, como lo han considerado Rebeca Jara y Yolanda Gallegos: “*en cuanto a la “Custodia o tenencia Compartida” –también denominada coparentalidad (...)-*”. *Manual de Derecho de Familia*. Jurista Editores, Lima: 2011. Págs. 436.

<sup>37</sup> Según Lathrop, esta puede ejercerse de tres formas: (i) a través de dos residencias en las que existe una principal, “*con quien el hijo convive la mayor parte del tiempo*”; (ii) estableciendo previamente “*lapsos de alternancia más o menos equitativos durante los cuales el hijo debe trasladarse al domicilio de cada uno de sus padres*”; y, (iii) escogiendo una residencia permanente para el NNA donde los padres deberán



**ECUADOR**  
**SENTENCIA CASO 28-15-IN**  
**Jurisprudencia**



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente: Enrique Herrera Bonnet**

- 137.** La corresponsabilidad parental no debe ser confundida con la tenencia compartida. Si bien ambas se relacionan; la corresponsabilidad parental “*consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos*”<sup>38</sup>. Desde esta perspectiva, se observa al padre y a la madre como socios parentales.
- 138.** A pesar de que la corresponsabilidad es uno de los elementos de la coparentalidad, la primera puede ser ejercida sin la última.<sup>39</sup> Es decir, el reparto equitativo de derechos y deberes, si bien se asocia con la coparentalidad, puede y debe ser ejercido aún a falta de ella.
- 139.** En conclusión, la norma impugnada versa sobre dos reglas para encargar la tenencia. Tanto el numeral 2 como el 4 del artículo 106 del CONA suponen una regla y una condición. La regla es la preferencia materna, y la condición el interés superior de NNA. Ahora bien, después de que se ha delimitado el alcance del artículo, es necesario dilucidar si la norma impugnada es contraria al derecho a la igualdad y no discriminación y al interés superior de NNA.

**6.2. ¿Los números 2 y 4 del artículo 106 del CONA son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio de interés superior de los NNA?**

trasladarse en periodos equitativos; “*es decir, existen tres casas: una para el hijo y una para cada uno de los progenitores (conocido como “modelo de anidación”)*”. De esta manera, facultaría “*a ambos progenitores a participar activa y equitativamente en el cuidado personal de sus hijos, pudiendo, en lo que a la residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados*”. Fabiola Lathrop. “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 10, 2008. Págs. 9-37.

<sup>38</sup> Fabiola Lathrop. “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 10, 2008. Págs. 9-37; Marcela Acuña San Martín. “El principio de corresponsabilidad parental”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2013. Págs. 21-59. Además, supone la “*articulación de tareas “productivas” y “reproductivas” desde una perspectiva que armonice los espacios de familia y trabajo de una forma más equitativa entre hombres y mujeres*”. Verónica Gómez Urrutia y Andrés Jiménez Figueroa. “Corresponsabilidad familiar y el equilibrio trabajo-familia: medios para mejorar la equidad de género”. *Polis Revista Latinoamericana*, 2015. Págs. 1-17.

<sup>39</sup> “*Cuando los padres viven juntos esa responsabilidad se da en el ámbito de sus acuerdos implícitos; cuando se separan puede modificarse la forma de ejercer ciertos derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables*”. Marcela Acuña San Martín. “El principio de corresponsabilidad parental”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 40, 2013. Págs. 21-59.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

- 140.** El derecho a la igualdad y no discriminación es una norma *ius cogens*.<sup>40</sup> Diversos tratados internacionales<sup>41</sup> y jurisprudencia de la misma categoría<sup>42</sup> han desarrollado este principio para evitar prácticas discriminatorias y asegurar la igualdad ante ley.
- 141.** En el número 4 del artículo 66 de la CRE, se reconoce y garantiza a todas las personas, sin discriminación alguna, el derecho a la igualdad formal y material<sup>43</sup>. Desde su dimensión formal, la igualdad implica la presunción de que todos los sujetos que se encuentran en la misma situación recibirán un trato idéntico.<sup>44</sup> Desde su dimensión material, significa que los sujetos que se encuentran en condiciones diferentes, requieren un trato diferenciado para equiparar el goce y ejercicio de sus derechos.<sup>45</sup> Lo que se pretende es evitar situaciones de discriminación *de facto*, por lo que los Estados están obligados a tomar “medidas positivas” o acciones afirmativas para revertir estas situaciones discriminatorias.<sup>46</sup>
- 142.** El derecho a la igualdad abarca una protección de actos arbitrarios, entre ellos prácticas discriminatorias que atenten contra la dignidad del ser humano.<sup>47</sup> La Constitución, sobre la base del principio de igualdad, en el número 2 del artículo 11 contempla que:

<sup>40</sup> Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 184.

<sup>41</sup> Tomar como ejemplo el preámbulo y artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el preámbulo y los artículos 1, 2 letras a) y c), 3, 4, 7, 8, 10, 11 número 1 letra d), 12, 13, 14 número 2, letra e), 15, 16 y 23 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y el Protocolo Facultativo de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, entre otros.

<sup>42</sup> Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 184; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 268; Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2021, párr. 78 y 79; Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 224; Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 197. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”). *Caso Sejdic y Finci vs. Bosnia-Herzegovina*, sentencia de 22 de diciembre de 2009, párr. 42; TEDH. *Caso Hülya Ebru Demirel vs. Turquía*, sentencia de 7 de mayo de 2019.

<sup>43</sup> El número 4 del artículo 66 de la CRE establece que “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”. De igual manera, el número 1 del artículo 3 de la CRE contempla que el Estado debe: “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.

<sup>44</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 7-11-IA/19 de 28 de octubre de 2019, párr. 18. Ramiro Ávila, en lo referente a la igualdad formal, indica que todas las personas deber ser tratadas de igual manera ante el sistema jurídico. Ramiro Ávila Santamaría. *Las garantías normativas como mecanismo de protección de los derechos humanos*. Corte Constitucional, Quito: 2011. Pág. 72.

<sup>45</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 7-11-IA/19 de 28 de octubre de 2019, párr. 19. De esta forma, mediante la igualdad material se permite equiparar el estatus de garantía en el goce y ejercicio de los derechos. Así también, se ha establecido en sentencias N°. 117-13-SEP-CC de 11 de diciembre de 2013, (caso N°. 00619-12-EP), pág. 12; y, N°. 258-15-SEP-CC de 12 de agosto del 2015, (caso N°. 2184-11-EP), pág. 21.

<sup>46</sup> Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 270; y, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, sentencia de 20 de octubre de 2016, párr. 336.

<sup>47</sup> El derecho a la igualdad “adquiere una lectura conjunta con el derecho a no ser discriminado”. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 184-18-SEP-CC de 29 de mayo del 2018, (caso N°. 1692-12-



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

[n]adie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, **sexo, identidad de género**, identidad cultural, **estado civil**, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.<sup>48</sup> (énfasis agregado).

**143.** Con fundamento en este artículo y con la finalidad de reforzar la protección al derecho a la igualdad, la Corte Constitucional mediante sentencia N°. 080-13-SEP-CC implementó la figura “categorías sospechosas”<sup>49</sup> en los siguientes términos:

*categorías sospechosas para esta Corte Constitucional son aquellas categorías utilizadas para realizar tratos “diferentes” respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República.; Los tratos “diferenciados” cuando están de por medio categorías sospechosas que contribuyen a perpetuar la inferioridad y la exclusión de determinados grupos (mujeres embarazadas, niños, adolescentes, personas portadoras de VIH, personas enfermas de SIDA u otra enfermedad catastrófica, personas con discapacidad, indígenas, afro ecuatorianos, etc.) se presume su inconstitucionalidad a menos que se demuestre lo contrario mediante razones válidas y suficientes.; Para identificarlos de alguna manera, es necesario tener presente que i) aparecen incluidos como categorías prohibidas en el texto constitucional (artículo 11 numeral 2 CR); ii) restringen derechos constitucionales; y que, iii) generalmente afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y que requieren especial protección por parte del Estado.; (...) En tal virtud, quien acude a estas categorías o factores sospechosos para establecer diferencias en el trato, se presume que ha incurrido en una conducta arbitraria. Si la Constitución ha previsto el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación (artículo 66 numeral 4 de la CR), resulta difícil pensar que una actividad, sea laboral, política, académica o de otro tipo, pueda estar condicionada por el sexo, la edad, la nacionalidad, mucho menos por una enfermedad, dada la condición y las consecuencias propias que ello*

EP), pág. 74. No obstante, como se manifestó en líneas anteriores, un trato diferenciado no equivale, *per se*, a una práctica discriminatoria.

<sup>48</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N°. 449 de 20 de octubre de 2008, artículo 11. El poder constituyente, en este sentido, acepta que, históricamente, existen ciertos grupos, entre ellos las mujeres, que han sufrido discriminación. En consecuencia, el artículo en mención toma en cuenta la necesidad de que el Estado garantice y asegure la igualdad de sus derechos frente a posibles actos discriminatorios. Del mismo modo, la Convención Americana de Derechos humanos, en su artículo 1, contempla que: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (énfasis agregado).

<sup>49</sup> Corte Constitucional del Ecuador, caso N°. 0445-11-EP, sentencia N°. 080-13-SEP-CC de 9 de octubre de 2013 (caso 0445-11-EP), págs. 15 y 16.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

*implica (...) Las diferentes cortes y tribunales a nivel mundial han desarrollado criterios y razonamientos para aplicar de manera correcta y efectiva el principio de igualdad constitucional y no discriminación. Unas que ven en el principio de proporcionalidad o test de razonabilidad una medida idónea de argumentación y justificación; y otros que con diferentes matices, fundan su criterio en los denominados tipos de escrutinio, empezando por un escrutinio débil según el cual, para que un acto sea declarado constitucional basta que el trato diferente sea adecuado para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico constitucional; pasando por un escrutinio intermedio, en donde las diferencias adoptadas no buscan discriminar sino favorecer, —es lo que se ha denominado affirmative action—; y un escrutinio estricto que se aplica cuando un trato diferenciado se funda en criterios sospechosos, según el cual, un trato diferenciado es justificado únicamente para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso y necesario. De lo cual podemos concluir que el trato diferenciado que se ha definido como categorías sospechosas necesariamente implica un mayor esfuerzo por determinar si el trato es o no discriminatorio”<sup>50</sup> (sic) (énfasis añadido).*

144. La sentencia N°. 184-18-SEP-CC introdujo distintos niveles de escrutinio para determinar la vulneración del derecho a la igualdad: uno débil y otro estricto –reforzado–, en los siguientes términos:

*se hace especial énfasis que frente a una categoría sospechosa, se requiere un estricto análisis de no discriminación, por lo cual, en el caso sub examine, la revisión de la medida administrativa se sujetará a un escrutinio reforzado (...).<sup>51</sup>*

145. Así, se observa que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha empleado la figura de “categorías sospechosas”, estableciendo como principal característica que las categorías del número 2 del artículo 11 de la CRE configuran categorías sospechosas.

146. Las categorías sospechosas son criterios que pueden emplearse para discriminar en contra de grupos sociales que se encuentran en desventaja histórica y estructuralmente.

<sup>50</sup> Corte Constitucional del Ecuador, caso N°. 0445-11-EP, sentencia N°. 080-13-SEP-CC de 9 de octubre de 2013 (caso 0445-11-EP), págs. 15 y 16.

<sup>51</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°. 184-18-SEP-CC de 29 de mayo del 2018, (caso N°. 1692-12-EP), pág. 74. Por su parte, la Corte IDH estableció un escrutinio débil y otro estricto con las siguientes consideraciones:

*los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma. (énfasis añadido). Vid. Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia, sentencia de 30 de noviembre de 2016, párr. 241.*



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

No existen, taxativamente, grupos que se encuentren dentro de las categorías sospechosas, pues éstas pueden variar de acuerdo al sistema jurídico en el que se encuentren contempladas.<sup>52</sup> Sin embargo, existen ciertos factores que permiten determinar una presunción de inconstitucionalidad por existir un alto grado de probabilidad de discriminación:

1. El grupo es un sujeto de discriminación;
2. El grupo es desaventajado y ha sido sistemáticamente discriminado<sup>53</sup>;
3. El grupo ha sufrido –históricamente– o sufre una extensión e intensidad de discriminación en mayor grado<sup>54</sup>; o,
4. Los individuos del grupo han sido discriminados con base en factores inmutables que no podrían variarse con la voluntad de la persona.<sup>55</sup>

147. La prohibición de trato arbitrario y de discriminación se encuentra dividida en: (i) categorías protegidas; y, (ii) categorías sospechosas. Los niveles de escrutinio se sustentan sobre las categorías mencionadas y sobre las dimensiones del derecho de

<sup>52</sup> Por ejemplo, como categorías sospechosas internacionales se toma en cuenta la raza, el sexo y la religión, principalmente para presumir actos discriminatorios. Anne F. Bayefsky. “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, *Human Rights Law Journal*, 11, 1990. Págs. 18-23. En concreto, se puede observar el modelo de Estados Unidos donde existen tres niveles de escrutinio y su rigurosidad depende del nivel, a saber: (i) estricto al cual pertenecería, por ejemplo, raza y nacionalidad; (ii) intermedio, con el que se analizaría diferencias de sexo; y, (iii) mera racionalidad, con el que se analizaría diferencias de edad. Freddy Antonio Hernández Martínez. “La clasificación sospechosa y la amplitud constitucional en los Estados Unidos: un análisis a las constituciones de los 50 Estados”. *Revista Jurídica UPR*, 84/2, 2015. Págs. 295-319. En Argentina, por ejemplo, la Corte ha considerado a las siguientes categorías como sospechosas: sexo, ciudadanía y nacionalidad. Roberto Saba. “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 2, 2008. Págs. 1-40.

<sup>53</sup> Al respecto se considerarían como pautas que estos grupos hayan sido afectados en su dignidad, o históricamente perjudicados, disminuidos en sus oportunidades o víctimas de una sistemática asimetría de poder. José Manuel Díaz de Valdés. “Las categorías sospechosas en el derecho chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 50, 2018. Págs. 189-218.

<sup>54</sup> Sobre la forma en la que se puede medir la extensión, existen algunos aspectos metodológicos a tomar en cuenta “*las prácticas discriminatorias se pueden dividir por su enfoque analítico en aquellas que se centran en las dinámicas micro-sociales, meso-sociales o macro-sociales*” y la medición de las consecuencias estructurales de la discriminación. Vid. Patricio Solís. *Discriminación estructural y desigualdad social*. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Ciudad de México: 2017. Pág. 39. Otras herramientas que pueden ser utilizadas para la medición son el autorreporte, vid. Pablo Villatoro. *La medición de la discriminación en base al autorreporte*. Naciones Unidas, Santiago: 2021. Págs. 7-56; y escalas como “The everyday discrimination scale”, “Major experiences of discrimination”, “Chronic Work Discrimination and Harassment”, traducidas al español: “Escala de discriminación diaria”, “Escala de principales experiencias de discriminación en la vida”, “Discriminación y acoso laboral crónico”, entre otras. Vid. David Williams. “Measuring discrimination resource”, *Psychology*, 2, 1997. Págs. 335-351. Ello también podría evidenciarse a través de medios de comunicación por los que se haya generado alarma social sobre una histórica discriminación.

<sup>55</sup> *Ibidem*.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

igualdad: bajo, cuando se atenta contra la igualdad formal<sup>56</sup>; medio, cuando se diferencia a partir de categorías protegidas<sup>57</sup>; y, estricto, cuando la distinción se basa en categorías sospechosas<sup>58</sup>.

- 148.** Si bien la norma constitucional –número 2 del artículo 11 de la CRE– recoge categorías por las que, en principio, nadie podría ser discriminado, ello no implica que todas gozan del mismo nivel de protección. Las categorías sospechosas son sujetas a una mayor protección, por existir una alta probabilidad de discriminación. Utilizar el mismo estándar para todas las diferencias del extenso catálogo reconocido en el artículo *ibidem*, generaría una pérdida de relevancia del escrutinio estricto, el cual busca una mayor protección a favor de grupos que han sido histórica, sistemática y estructuralmente excluidos.
- 149.** Aunque todas las categorías en el numeral 2 del artículo 11 de la CRE son categorías protegidas, no todas constituyen categorías sospechosas.<sup>59</sup> Considerar que todas las categorías del artículo *ibidem* devienen en sospechosas, aunque daría la impresión de una mayor protección, desnaturalizaría la inversión de la carga probatoria y la necesidad de analizar que el trato diferenciado persiga un fin constitucionalmente imperioso.
- 150.** Incluir a todas las categorías del número 2 del artículo 11 como sospechosas, generaría que en múltiples casos se efectúe un escrutinio estricto que presuma la inconstitucionalidad de toda diferenciación que puede ser razonable. Esto reduciría sustancialmente la libertad de configuración legislativa pues la mayoría de normas resultarían inconstitucionales.<sup>60</sup> Es menester diferenciar si el trato diferenciado se centra en una categoría sospechosa o protegida, y a partir de ello adoptar un tipo de escrutinio bajo<sup>61</sup>, medio o estricto.
- 151.** Así, las características de cada test varían según la diferencia entre una categoría sospechosa o una protegida. Por ejemplo, si se analiza una diferencia que se realiza con base en la categoría sexo-mujer, la cual constituye una categoría sospechosa, se debe aplicar el test de igualdad en conjunto con el test de proporcionalidad de escrutinio

<sup>56</sup> Cuando la distinción no se fundamenta en una categoría sospechosa o protegida.

<sup>57</sup> Este supone la existencia de una justificación razonable para realizar una diferenciación. Es decir que, el objetivo debe ser lo suficientemente adecuado para cumplir con el fin que se persigue, en lugar de primordial.

<sup>58</sup> Debe entenderse como tal cuando exista un patrón histórico de discriminación por el que existan estructural y sistemáticamente prácticas discriminatorias frente a una categoría. Es por ello que existe una inversión de la carga de la prueba, pues la sola existencia de una diferencia que se funde en esta categoría supone la presunción de inconstitucionalidad y depende de la institución demandada demostrar lo contrario; lo cual no ocurre con cualquier otra categoría protegida.

<sup>59</sup> Principalmente se debería considerar el origen jurisprudencial de esta figura para atender a su principal propósito: proteger a grupos que han sido o son sistemáticamente excluidos.

<sup>60</sup> Esto en vista de que muchas normas contienen diferencias con base en categorías del artículo 11.2 de la CRE.

<sup>61</sup> En dichos casos el test que se debe realizar es de mera razonabilidad por el cual se debe evaluar si la medida está debidamente justificada y es razonable. Por ejemplo, véase el caso 1-18-IN/21 de 8 de septiembre de 2021.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

estricto. Es decir que, en el ejemplo mencionado se debe analizar si, (i) el fin de la distinción es constitucionalmente imperioso; no sólo constitucionalmente legítimo o válido; además, se debe evaluar que: (ii) la medida sea **perfectamente** diseñada para el fin, en cuanto a su idoneidad; (iii) la medida sea la única idónea y la menos gravosa en lo referente a su necesidad y (iv) la medida adopte un equilibrio preciso entre la protección y restricción constitucional en lo alusivo a la proporcionalidad<sup>62</sup>.

- 152.** Por otra parte, si se analiza una diferencia que se realiza con base en la categoría sexo-hombre, la cual constituye una categoría protegida, el uso del test de proporcionalidad debe tener un menor rigor, por lo que, en el ejemplo se debe analizar si (i) la medida adoptada persigue un fin constitucionalmente válido o legítimo; (ii) la medida es adecuada para cumplir tal fin constitucional; (iii) la medida es la menos gravosa para el ejercicio de los derechos; y, (iv) la medida busca que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.
- 153.** La norma impugnada establece un trato diferenciado con base en una categoría sospechosa, como lo es el sexo, en lo referente a la mujer. En cuanto al sexo y a la clasificación mujer, este grupo (a) está sujeto a discriminación<sup>63</sup>; (b) el grupo ha sido históricamente discriminado<sup>64</sup> en mayor grado; y, (c) los individuos del grupo han sido discriminados con base en factores inmutables que no podrían variar ni con la voluntad de la persona. Por otra parte, en cuanto a la clasificación sexo, hombre, esta no recae en ninguno de los factores mencionados, por lo que no existe un alto grado de probabilidad de discriminación, limitándose a encasillarse en una categoría protegida.
- 154.** En vista de esto, en el primer escenario se debe proceder a evaluar la norma con un escrutinio estricto; mientras que, en el segundo escenario, se debe proceder a evaluar la norma con un escrutinio medio.<sup>65</sup>
- 155.** Ahora bien, por lo expuesto se procederá a realizar un examen de la norma impugnada con base en tres elementos: **(i)** la comparabilidad de los sujetos o titulares de derechos; **(ii)** la constatación si existe un trato diferenciado, con base en una de las categorías contempladas en el número 2 del artículo 11 CRE; y, **(iii)** la verificación de si la

<sup>62</sup> Un ejemplo de esto es la sentencia 1290-18-EP/21 de 20 de octubre de 2021.

<sup>63</sup> Vid. CETFDM. “Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”.

<sup>64</sup> “La igualdad de género parte del reconocimiento de que históricamente las mujeres han sido discriminadas y es necesario llevar a cabo acciones que eliminen la desigualdad histórica y acorten las brechas entre mujeres y hombres de manera que se sienten las bases para una efectiva igualdad de género, tomando en cuenta que la desigualdad que de facto padecen las mujeres puede agravarse en función de la edad, la raza, la pertenencia étnica, la orientación sexual, el nivel socioeconómico, entre otros”. Organización de Naciones Unidas Mujeres. La Igualdad de Género, 2015. Pág. 3.

<sup>65</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, “Principio de proporcionalidad.- (...) Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.” Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 5-19-OP/19 de 4 de diciembre de 2019, párr. 74.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

diferencia es justificada o discriminatoria –en el primer escenario con un escrutinio medio y en el segundo, con un escrutinio estricto–<sup>66</sup>.

**156.**La norma impugnada reconoce que existe una distinción entre mujeres y hombres, específicamente para encargar o no la tenencia **(i)**. La regla de la norma impugnada genera un trato diferenciado respecto al progenitor en virtud de su sexo, categoría que se encuentra enunciada en el número 2 del artículo 11 de la CRE **(ii)**. Considerando dicha distinción, la norma dispone un efecto de preferencia materna.

**157.**La regla de la norma impugnada contempla un trato diferenciado que supone que la mujer es más idónea para criar a los hijos que el hombre, tal como mencionó la representación de la Asamblea Nacional. Es decir, las justificaciones en las que la norma radica son: **(i)** favorecer a NNA, al mantener el vínculo maternal y presuntamente beneficiar el interés superior de NNA; **(ii)** encargar la tenencia a la madre por sus “*aptitudes connaturales*”, su “*función social*”<sup>67</sup> y por ser “*dadora principal de cuidado*”<sup>68</sup>; **(iii)** agilizar procesos de tenencia<sup>69</sup>, por una razón práctica en la que los jueces puedan resolver con mayor rapidez dichas causas; y, **(iv)** garantizar la autonomía de la mujer, tomando en cuenta (a) la dependencia económica que usualmente tienen con respecto a los padres y lo propensas que se encuentran a la pobreza y (b) la eliminación y tolerancia de situaciones de violencia contra la mujer.

**i. Sobre el escrutinio estricto –distinción mujer– con relación a la norma impugnada.**

**158.**En cuanto a la distinción que realiza la norma impugnada sobre la clasificación de sexo-mujer, primero se debe suponer su inconstitucionalidad por cuanto se fundamenta en una categoría sospechosa y, a su vez, la Corte debe evaluar si la distinción es constitucionalmente imperiosa. Al analizar estos argumentos, se observa que, la norma impugnada decide sobre asuntos relacionados a NNA. Por lo que, la consideración primordial y protagónica en las decisiones concernientes a NNA *infra* 6.2.1. y lo que debe primar es el interés general y superior de NNA.

**159.**Por ello, esta distinción tendría un fin constitucionalmente imperioso siempre que ella atienda al interés superior de NNA como mandato de rango constitucional primando sobre la razón (iv) del párrafo 157 *supra*. Es decir que, mientras se perciba a la regla de preferencia materna como un sinónimo del interés superior de NNA, esta distinción cumpliría con el primer escalón del test de escrutinio estricto.

<sup>66</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencias N°. 1-18-RC/19 de 28 de mayo de 2019, párr. 31 y N°. 6-17-CN/19 de 18 de junio de 2019, párr. 26.

<sup>67</sup> Argumento de Francis Abad, en representación de la Asamblea.

<sup>68</sup> Argumento del *amicus curiae* de la Corporación de Estudios Decide, voluntarias de la Liga de la Leche Ecuador, María Daniela Ayala Alvarez y Sylvia Bonilla Bolaños. En el *amicus curiae* del señor Carlos Andrés Isch Pérez, se determinó que las mujeres cargan con el peso del cuidado, por lo que están más capacitadas para el mismo, lo que afecta a su crecimiento profesional.

<sup>69</sup> Dicho argumento se obtuvo del *amicus curiae* del señor Frans Serpa Larrea.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

160. A pesar de esto, la Corte observa que, la norma impugnada encarga de forma preferente la tenencia de NNA a la madre (mujer) por el simple hecho de serlo. Así, no se evidencia que exista una causalidad entre el interés superior de NNA, que se pretende proteger, y la carga impuesta a la mujer que decide ser madre (*infra*). Principalmente, debido a que la Observación General N°. 14 del Comité de los Derechos del Niño refiere que la evaluación del interés superior implica valorar y sopesar, caso por caso, todos los elementos necesarios para tomar una decisión. También señala elementos que deben respetarse como: derecho a la opinión, el derecho a la identidad, el derecho a la familia y a la convivencia familiar, el cuidado, protección y seguridad de NNA, la situación de vulnerabilidad, el derecho a la salud y a la educación (*infra* 6.2.1)
161. Tomando esto en consideración, se observa que la distinción realizada por la norma impugnada no persigue un fin constitucionalmente imperioso pues los estándares del principio rector no pueden estar subordinados a una preferencia materna, por lo que, al estudiarse bajo un análisis de escrutinio estricto; la norma se presume inconstitucional por ser discriminatoria.
162. Supeditar el interés general de NNA a posibles escenarios en los que primen otros intereses, como el de los padres, supondría limitar el interés superior de NNA (6.2.1 *infra*).
163. En vista de la ausencia del primer elemento, es suficiente considerar que la medida no supera el test, por lo que no es necesario analizar el resto de elementos.

**ii. Sobre el escrutinio medio –ordinario– con relación a la norma impugnada.**

164. Ahora bien, a pesar de que se constató que la norma impugnada es inconstitucional pues no cumple con los elementos del escrutinio estricto; para efectos argumentativos, se realizará un análisis de la norma impugnada con respecto al escrutinio ordinario por la clasificación sexo-hombre.
165. De las razones (i), (ii) y (iii) mencionadas en el párrafo 157 *supra*, ninguna de ellas se configura como un objetivo legítimo para aplicar un trato diferenciado, ya que las afirmaciones (i) y (ii) del párrafo 157 *supra* se encuentran vinculadas con estereotipos y roles de género atribuidos histórica y socialmente a las mujeres.<sup>70</sup>
166. Para evidenciar que las premisas expuestas radiquen en estereotipos y roles de género, es menester considerar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han establecido que:

[el estereotipo de género] *se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres*

<sup>70</sup> Cfr. Alicia Garrido Luque, José Luis Álvaro Estramiana y Ana Raquel Rosas Torres. “Estereotipos de género, maternidad y empleo: un análisis psicosociológico”, *Pensando Psicología* 14/23, 2017. Pág. 5.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrería Bonnet

*respectivamente. Son estereotipos socialmente dominantes y socialmente persistentes, que se reflejan, implícita o explícitamente (...).*<sup>71</sup>

167. Por otra parte, el rol de género ha sido entendido, de forma general, como los:

*papeles, expectativas y normas que se espera que las mujeres y los varones cumplan en una sociedad, los cuales son establecidos social y culturalmente, y que dictan pautas sobre la forma como deben ser, sentir y actuar unas y otros dependiendo en principio, del sexo al que pertenecen.*<sup>72</sup>

168. Si bien los roles de género pueden variar con relación a la cultura, todavía persiste una atribución de características y un enfoque maternal y doméstico<sup>73</sup>, en lo referente a la

<sup>71</sup> Comisión IDH. Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63., de 9 diciembre de 2011, párr. 203 y 266. Por otra parte, la Corte IDH ha dispuesto que “En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (...), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso.” Corte IDH. Caso González y otras vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401. En sentido opuesto, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (“CEDAW”) define a la igualdad de género como la habilidad de “todos los seres humanos, sin importar su sexo, de ser libres de desarrollar sus competencias personales, perseguir sus carreras profesionales y tomar decisiones sin las limitaciones establecidas por estereotipos, roles rígidos de género, y prejuicios”. Por lo que, “los Estados están obligados a perseguir este objetivo mediante una política inmediata, comprehensiva y multisectorial con miras a la eliminación de la discriminación contra la mujer”. Comisión IDH. El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 59., de 3 noviembre 2011, párr. 24.

<sup>72</sup> Alicia Saldívar Garduño, Rolando Díaz Loving, Norma Elena Reyes Ruiz, Carolina Armenta Hurtarte, Fuensanta López Rosales, Mayra Moreno López, Angélica Romero Palencia, Julita Elemí Hernández Sánchez y Miriam Domínguez Guedea. “Roles de Género y Diversidad: Validación de una Escala en Varios Contextos Culturales”. *Acta de investigación psicológica*, 5/3, 2015. Págs. 2124-2147. La Organización Mundial de la Salud define a los roles de género como: “construcciones sociales que conforman los comportamientos, las actividades, las expectativas y las oportunidades que se consideran apropiados en un determinado contexto sociocultural para todas las personas. Además, el género hace referencia a las relaciones entre las personas y a la distribución del poder en esas relaciones (...) El género guarda relación con las categorías del sexo biológico (hombre y mujer), no se corresponde forzosamente con ellas”. Organización Mundial de la Salud. “Género y salud”. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender>. Asimismo, la Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia de 28 noviembre de 2012, párr. 298, explicó que “[e]l modelo de identidad de género es definido socialmente y moldeado por la cultura; su posterior naturalización obedece a determinantes socioeconómicos, políticos, culturales e históricos. Según estos determinantes, las mujeres son criadas y socializadas para ser esposas y madres, para cuidar y atender el mundo íntimo de los afectos. El ideal de mujer aún en nuestros días se encarna en la entrega y el sacrificio, y como culminación de estos valores, se concreta en la maternidad y en su capacidad de dar a luz (...)” (énfasis agregado). Posteriormente, en el mismo caso, la Corte IDH indicó que: “La Corte resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos.” *Ibidem*, párr. 302.

<sup>73</sup> Datos del Instituto Nacional de Estadística y Censos (“INEC”) muestran que:



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

situación de la mujer.<sup>74</sup> Siguiendo este patrón, surge un entorno en el que se asignan características a las mujeres para cumplir un rol “*femenino tradicional*”, esperando de ellas, de manera obligatoria, actitudes como la sumisión. Mientras que al rol “*masculino tradicional*”, se lo ve como una figura de autoridad, constreñida a la esfera pública y aislada del cuidado de los miembros de la familia y la realización de tareas domésticas.

**169.** El rol de género asignado a la mujer se encuentra estrechamente relacionado al rol de género tradicional que se le ha asignado al hombre como el proveedor de la familia, capaz de garantizar la satisfacción de necesidades económicas y de “protección”, mas no involucrado en el cuidado de NNA.<sup>75</sup> Ambos roles de género ocasionan que cultural

- En el periodo 2007-2015, por cada 100 horas de trabajo no remunerado (“TNR”), las mujeres realizaron 77. “*Las horas del TNR corresponden al tiempo empleado por hombres y mujeres en el mantenimiento del hogar, actividades culinarias, cuidados de salud entre otras actividades no remuneradas*”. INEC. (2019). Periodo 2007-2015. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares.
- Independientemente del grupo étnico al que pertenezcan, las mujeres muestran mayor participación en la producción del TNR respecto a los hombres. En hogares con presencia de niños, la producción del TNR de las mujeres tiende a intensificarse frente a la producción de los hombres. INEC. (2019). Periodo 2007-2015. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares.
- En actividades culinarias dentro de hogares privados con servicio doméstico “*las mujeres contribuyen con el 87,1% vs. el 12,9% de los hombres*”. En lo referente al cuidado de ropa, las mujeres contribuyen con el 84,7% vs. el 15,3% de los hombres. En cuanto al mantenimiento del hogar, las mujeres contribuyen con el 71,3% vs. el 28,3% de los hombres. INEC. (2019). Periodo 2007-2015. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares.
- Con respecto al cuidado de niños y niñas, “*las mujeres contribuyen el 84,7% vs. el 15,3% de los hombres*”. INEC. (2019). Periodo 2007-2015. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares.
- El aporte de las mujeres a la economía dentro del hogar es del 76% mientras que los hombres aportan con el 24%. INEC. (2019). Periodo 2007-2015. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares. Vid. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/4/mujeres-aportes-economia-hogar-ecuador>
- En el periodo 2007-2017, por cada 100 horas de TNR las mujeres realizaron 77. INEC. (2020). Periodo 2016-2017. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares.
- En el año 2017, las mujeres de 12 años en adelante dedicaron semanalmente en promedio 31,0 horas a actividades de trabajo no remunerado vs 11,3 horas de los hombres. INEC. (2020). Periodo 2016-2017. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares.
- De cada 100 horas, las mujeres destinan 77 a las actividades de cocción o preparación de alimentos; iguales diferencias en los roles dentro del hogar se observan en actividades como la limpieza de la casa, tender las camas, arreglar el jardín, o lavar la vajilla. Al contrario, el arreglo de vehículos, la reparación de la vivienda o acarrear el agua son tres de las 15 excepciones de actividades, en las cuales el hombre laboró más tiempo que la mujer. INEC. (2020). Periodo 2016-2017. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares. Véase: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/las-mujeres-sostienen-el-trabajo-domestico-y-de-cuidado-en-los-hogares-ecuatorianos/>

<sup>74</sup> Paterna y Martínez, por ejemplo, indican que “*las creencias dominantes sobre el empleo proceden de los valores tradicionales masculinos, los cuales limitan la realización de la mujer al ámbito de la maternidad*”. Consuelo Paterna y Carmen Martínez. “Tradicionalismo de los roles maternos y la relevancia del trabajo”. *Intervención Psicosocial*, 2003, 12/1, págs. 83 a 93.

<sup>75</sup> Patricia Herrera Santi, “Rol de género y funcionamiento familiar”. *Rev Cubana Med Gen Integr*, 2000, 16/6, págs. 568-573.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

y normativamente se asigne, de manera automática y preferencial, el cuidado de los hijos a la madre.

170. La Corte IDH en el caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala<sup>76</sup>, al igual que en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile<sup>77</sup>, indicó que:

*Este tipo de estereotipos en cuanto al rol de una madre implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual socialmente se espera que lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijas e hijos.*<sup>78</sup>

171. Estos estereotipos y roles de género que refleja la sociedad trascienden el espacio social y privado de las personas y alcanzan el ámbito jurídico. Un ejemplo evidente lo mostró una encuesta del INEC del año 2015, en la que las cifras indicaban que solamente 1 334 padres, de una muestra de 25 692 encuestados, reconocían “*estar al cuidado de sus hijos*”. Esta cifra representa un porcentaje de, aproximadamente, el 5% del total.<sup>79</sup>

172. Si bien la madre, por razones biológicas como la lactancia, puede encontrarse cerca del hijo o hija; esto no conlleva una justificación absoluta para que preferentemente se le encargue la tenencia. No es posible concebir que la madre, en **todas** las situaciones, será más idónea o estará más capacitada que el padre:

<sup>76</sup> Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 294 a 296.

<sup>77</sup> Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 140.

<sup>78</sup> Si bien el caso referido versa sobre procesos de adopción internacional y responsabilidad del Estado, es importante recalcar las consideraciones de la Corte IDH sobre estereotipos de género y roles sociales. En este sentido, la Corte concluyó que: “298. [la] asignación de roles [en el caso] no solo actuó en perjuicio de la señora Ramírez Escobar sino también del señor Tobar Fajardo. Nunca se intentó ni consideró ubicar a Gustavo Tobar Fajardo, padre de Osmín Tobar Ramírez, para investigar la posibilidad de concederle el cuidado de su hijo (...) en este caso los estereotipos sobre la distribución de roles parentales no solo se basaron en una idea preconcebida sobre el rol de la madre, sino también en un estereotipo machista sobre el rol del padre que asignó nulo valor al afecto y cuidado que el señor Tobar Fajardo podía ofrecer a Osmín Tobar Ramírez como su padre. De esta manera, se privó al señor Tobar Fajardo de sus derechos parentales, en cierta medida presumiendo e insinuando que un padre no tiene las mismas obligaciones o derechos que una madre, ni el mismo interés, amor y capacidad para brindar cuidado y protección a sus hijos. 299. Por tanto, en el presente caso se encuentra demostrado que las actuaciones y decisiones de las autoridades que intervinieron en el proceso de abandono de los hermanos Ramírez se basaron en estereotipos de género sobre la distribución de responsabilidades parentales e ideas preconcebidas sobre la conducta de una madre o de un padre en relación con el cuidado de sus hijos. La Corte considera que esto constituyó una forma de discriminación basada en el género, en perjuicio de Flor de María Ramírez Escobar, Gustavo Tobar Fajardo y Osmín Tobar Ramírez.” (énfasis agregado). Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sentencia de 9 de marzo de 2018, párrs. 298 y 299.

<sup>79</sup> INEC. (2015). Anuario de matrimonios y divorcios. Recuperado de: <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-legal-padres-tenencia-hijos.html>

Por otra parte, Ortiz señala que: “tras una ruptura de pareja, el hijo de padres separados será dado en custodia a uno de sus progenitores. En casi todos los casos, es decir el 92% (INEC 2017), los jueces lo asignarán a la madre, prácticamente sin necesidad de hacer indagaciones de ningún tipo” (énfasis agregado). Andrés Ortiz Lemos. *Cuando nos volvamos a ver*. Editorial el Conejo. Quito: 2018.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrería Bonnet

*Así, nos encontramos con situaciones lamentables, en donde la preferencia materna subsiste por estereotipos y roles de género, y el padre debe **probar** que la madre no es apta para criar a los NNA, colocando a ambos en un conflicto en el que el padre va a mantener la desventaja por la regla de preferencia materna. “Acerca de la preferencia hacia la madre a la hora de determinar la custodia de hijos menores, el padre separado Adrián nos cuenta: “trato por todos los medios de pedir la custodia de mi hijo, pero siempre recibo la misma respuesta: ‘ni en casos de niños que viven en situaciones de alto riesgo (...) usted podría pedir la custodia, el juez solo verá que esté bien alimentado y ya.”<sup>80</sup>*

173. Esto de ninguna forma implica que la Corte niegue el apego que existe entre madres e hijos e hijos. Al contrario, la Corte reconoce que, por la lactancia y otros factores, posiblemente en la mayoría de los casos la madre será la más idónea para el cuidado de los NNA; no obstante, esto no se puede aplicar en todos los casos de forma preferente sin considerar la situación concreta o sobreponer el interés superior de los NNA.

174. Además de ello, cabe cuestionar: ¿la madre, por el simple hecho de ser mujer, está naturalmente más predispuesta para ejercer un cuidado personal sobre los NNA y para propiciar su desarrollo?

175. La “*tender years doctrine*” o doctrina de los años tiernos, afirma que la madre tiene una conexión biológica con sus hijos. Así, en virtud de sus habilidades de cuidado y su instinto maternal, debe obtener la tenencia de NNA. Esta teoría considera que las madres pueden proveer a los hijos menores de cuatro años un bienestar físico, emocional y psicológico que no podría ser brindado por el padre. Esta perspectiva fue desarrollada en 1881 en Estados Unidos cuando la sociedad reflejaba un estereotipo por el que los hombres salían de sus casas a trabajar y las mujeres se quedaban al cuidado del hogar.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> Adrián sostiene que su deseo es que se le conceda la tenencia de su hijo “*porque, como les comentaba, para mi esposa no es una prioridad la crianza de mi hijo. Ella no pasa en la casa. Siempre me toca entregarle a otra persona cuando voy a dejarle. Entonces, como no es una prioridad para ella, mi prioridad era pedir la custodia, la tenencia. Con el abogado hemos analizado muchas cosas. Mi hijo ha pasado hospitalizado varias veces, por falta de cuidado. Él está en un tratamiento del colon. Toma medicación continua. Si es que él deja de tomar eso se estriñe y es súper peligrosa porque le da un 10:41 gástrico. Se inflama bastante. Él estuvo hospitalizado hace una semana y media. Tengo todos los documentos de eso, pero, lamentablemente, aunque tendríamos el causal para iniciar la demanda, lo que realmente analiza el juez, es la situación visible del niño, le hace pasar a la sala, le mira, le ve, dice ‘no, el niño está sano. Está feliz’. No se puede (...) Entonces realmente no se ve la capacidad del padre más idóneo Y tampoco es que quiero alejarlo de su madre. ¿No? Sino cuidar mejor de él...”*. Andrés Ortiz Lemos. Cuando nos volvamos a ver. Editorial el Conejo. Quito: 2018.

<sup>81</sup> Jaimee L. Hartenstein. “Tender years doctrine”. *The Wiley Blackwell Encyclopedia of Family Studies*, 1, 2016. Págs. 1-5. Al contrario de los estereotipos que predominaban en 1881, en la actualidad, las mujeres se incorporaron al ámbito laboral. Tan es así que, en Ecuador:

- “En abril 2021, la tasa de empleo global se ubicó en 95,3% para los hombres y 93,2% para las mujeres”. INEC. (2021). Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo.
- “La tasa de empleo adecuado/pleno se ubicó en 37,2% para los hombres y 26,5% para las mujeres”. INEC. (2021). Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo.

En realidad, la Organización Internacional del Trabajo promueve la igualdad de oportunidades para que hombres y mujeres accedan a un trabajo decente. Véase los distintos instrumentos internacionales: el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración de 29 de junio de 1951, el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación de 4 de junio de 1958, el Convenio 156 sobre los trabajadores



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

176. Dentro de los escritos presentados en el caso, la Presidencia de la República refiere la necesidad de evaluar que NNA menores de dos años permanezcan con su madre por sus aptitudes; argumentos similares a los contemplados en la referida doctrina. Al respecto, se puede tomar como ejemplo el tratamiento que se dio en Estados Unidos a la teoría de los años tiernos, pues en 1981 la Corte Suprema del Estado de Alabama encontró que era inconstitucional.<sup>82</sup>

177. En su análisis, la referida Corte consideró como regla el interés superior de NNA, independientemente del género de los progenitores. Ambos padres eran igualmente aptos, por lo que la preferencia materna por la doctrina de los años tiernos imponía al padre una carga probatoria para demostrar la ineptitud positiva de la madre. En consecuencia, la Corte estableció que la doctrina generaba una clasificación basada en el sexo y que impedía que el interés superior de NNA se aplique en su totalidad.<sup>83</sup>

178. En el caso en concreto, afirmar de forma categórica lo mencionado en los números (i) y (ii) del párrafo 157 *supra*, es erróneo.<sup>84</sup> Así lo determinó, por ejemplo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en el amparo de revisión 331/2019:

*la evidencia científica muestra que lo más importante para el desarrollo de los menores es la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible a las necesidades del menor, independientemente del género y la relación consanguínea.*<sup>85</sup>

179. La regla de la norma impugnada no explica por qué a los hombres, pese a ser progenitores, no se les debe encargar la tenencia, aunque tengan las mismas condiciones que la madre. La justificación empleada presume que un padre “no tiene las mismas

con responsabilidades familiares de 23 de junio de 1981 y el Convenio 183 sobre la protección de la maternidad de 15 de junio de 2000.

<sup>82</sup> Corte Suprema de Alabama, Ex parte Devine, 398 So. 2d 686, de 27 de marzo de 1981.

<sup>83</sup> De forma similar, en 1985, ocurrió en Connecticut. Además, en varios casos se reexaminó la doctrina por desigualdad de género y por incumplir con el fin de precautelar el interés superior de niños y niñas. Vid. *State ex rel. Watts vs. Watts*, 1973; *Gordon vs. Gordon*, 577, 1978; *Pursey vs. Pursey*, 1986.

<sup>84</sup> Al respecto existe evidencia científica que indica lo contrario. Prueba de ello es lo mencionado en la cita por la Clínica de la Adolescencia del Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muzquiz. Cfr. Organización Mundial de la Salud y UNICEF con apoyo de La Alianza para la Salud de la Madre, el Recién Nacido y el Niño, la Red de Acción por el Desarrollo en la Primera Infancia, entre otros. “Cuidado cariñoso y sensible para el desarrollo en la primera infancia”, 2018. Págs. 1-32.

<sup>85</sup> Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en el amparo en revisión 331/2019 de 21 de noviembre de 2019, párr. 63. Asimismo, se debe considerar que: “*Scientific research, however, has disproved the sexbased “tender years” doctrine—the proposition that young children are best placed with their mothers*”. Traducido al español: “*Investigación científica, sin embargo, ha refutado la doctrina de los años tiernos, por la que se considera que los NN pequeños se encuentran mejor al cuidado de sus madres*”. Andrea Charlow. “Awarding Custody: The Best Interests of the Child and Other Fictions”. *Yale Law & Policy Review*, 5, 1987. Pág. 267. Vid. Shirley Settle & Carol Lowery, “Child Custody Decisions: Content Analysis of a Judicial Survey, Therapists, Lawyers & Divorcing Spouses”. *Journal of divorce*, 6, 1982. Págs. 125-138.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

*obligaciones o derechos que una madre, ni el mismo interés, amor y capacidad para brindar cuidado y protección a sus hijos*<sup>86</sup>.

- 180.** De esta forma, se constata que la legitimidad del objetivo se basa en estereotipos y roles de género que, no solo afectan el derecho a la igualdad y no discriminación de los progenitores en relación al cuidado y responsabilidad sobre sus hijos, sino también llega a contravenir los intereses de NNA, pues se prefiere encargar la tenencia a uno de los progenitores, sin considerar lo que es mejor para NNA. No obstante, como *prima facie* existiría un objetivo legítimo, se procederá a evaluar si la norma impugnada es idónea, necesaria y proporcional. Por otra parte, esto también se realizará ya que el argumento sobre la garantía de la autonomía de la mujer representa **un objetivo legítimo** para la distinción, por lo que, a continuación, se llevará a cabo el análisis mencionado.
- 181.** En lo referente a la idoneidad, como se observó en líneas anteriores, la regla de preferencia materna no se vincula directamente con el interés superior de NNA, pues no evalúa de forma flexible, con arreglo a la situación concreta, a su contexto, y a la situación y necesidad personal, a fin de determinar a quién se le encargará la tenencia.
- 182.** Al contrario, se observa que la regla perpetúa estereotipos y roles de género y crea una situación de desventaja entre los progenitores, al imponer una carga a la madre por el solo hecho de ser mujer.<sup>87</sup> La norma impugnada no es adecuada para la consecución del objeto legítimo anotado en los números (i) y (ii) del párrafo 157 *supra*, ya que lo primordial para encargar la tenencia a los progenitores es la relación que mantienen los NNA con su cuidador primario –independientemente de su género, pudiendo ser la madre, el padre, o un tercero– y la evaluación de las condiciones de ambos progenitores o del tercero, para determinar cuál será el mejor espacio para su adecuado cuidado de conformidad con los estándares del principio de interés superior de NNA.
- 183.** Ahora bien, con respecto al segundo argumento, se debe observar que:
- i. El fin constitucionalmente válido es garantizar la autonomía de la mujer por razones económicas y sociales, más aún, tomando en cuenta que la violencia contra las mujeres es resultado de la situación de desigualdad existente en la sociedad.
  - ii. El medio es encargar la tenencia de forma preferente a la madre.
- 184.** Como se observa, el medio permitiría fomentar el fin constitucionalmente válido al intentar proteger derechos constitucionales – procurando evitar que las mujeres vivan contextos de violencia o de dependencia económica–, de conformidad con el artículo 35 de la CRE. Por lo que la medida es idónea, técnicamente, para coadyuvar al fin.

<sup>86</sup> Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 298.

<sup>87</sup> La referencia a carga se entiende como el desbalance que se crea en funciones de cuidado, atención y responsabilidad de ambos progenitores que recae preferencialmente en la madre.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

185. Ahora bien, en lo referente a la necesidad, se observa que existen medidas alternativas menos gravosas para alcanzar el fin, tales como: el fortalecimiento de políticas públicas para la igualdad de género y para la inserción laboral de mujeres; el refuerzo de planes nacionales para abordar la violencia de género; la fomentación, creación y la incorporación de redes nacionales de servicios integrales para mujeres víctimas de violencia; el incremento de medidas dirigidas al empoderamiento económico y a la inserción laboral de mujeres y mujeres víctimas de violencia, entre otros. Cabe recalcar que, si bien entregar la tenencia de forma preferente hacia la madre persigue un fin constitucionalmente legítimo, esta medida no tiene como fin último que la mujer viva una vida libre de violencia o que mantenga independencia económica.

186. Por ello, para garantizar la autonomía de la mujer, se debe procurar que los progenitores tengan los mismos derechos y responsabilidades.

187. Esto incluso ha sido ratificado por la CETFDM, instrumento que indica lo siguiente:

*1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, **asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:***

*a) El mismo derecho para contraer matrimonio;*

*b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;*

*c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;*

*d) **Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;***

*e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;*

*f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; (énfasis agregado).*

188. Así, se encuentra que la regla de preferencia materna no es necesaria, pues existen otras posibilidades para garantizar la autonomía de la mujer tomando en cuenta que, generalmente, son dependientes económicamente y son propensas a situaciones de pobreza. De igual manera, se encuentran alternativas menos gravosas para procurar eliminar situaciones de violencia contra la mujer y su tolerancia. Al respecto, cabe recalcar que la regla de preferencia materna, por sí sola, no puede garantizar la autonomía de la mujer.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

- 189.** Adicionalmente, la Corte advierte que la norma impugnada afecta tanto a madres como padres, pero principalmente a NNA. Existen medidas alternativas que afectan, en menor medida los derechos involucrados. Por ejemplo, atender al principio de interés superior de NNA, antes que al sexo de los progenitores, mediante un análisis caso por caso. Ésta es una opción que permitiría lograr los fines que persigue la norma impugnada, sin generar desigualdad entre sexos, sin perpetuar roles de género y primando el interés superior de NNA; pues esta consideración debe ser primordial en todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de justicia de NNA<sup>88</sup>.
- 190.** Asimismo, existen otras medidas alternativas como la coparentalidad o tenencia compartida –en sus múltiples manifestaciones– que evitarían una transgresión a principios constitucionales, en los casos en que los padres no lleguen a un acuerdo o cuando exista igualdad de condiciones entre los progenitores<sup>89</sup>.
- 191.** Ahora bien, pese a que se observa que la medida no cumple con el elemento de necesidad, este Organismo considera necesario realizar el análisis sobre proporcionalidad por fines argumentativos.
- 192.** Respecto a la proporcionalidad en sentido estricto, la regla de preferencia materna no guarda un debido equilibrio entre la protección y la restricción al derecho a la igualdad.<sup>90</sup> Como quedó anotado en párrafos anteriores, la preferencia materna restringe el derecho a la igualdad, la corresponsabilidad y el principio de interés superior de NNA, con solo un fundamento, el sexo de los progenitores y el rol de género culturalmente asignado para cada uno.
- 193.** De esta forma, se limita la posibilidad de los padres a solicitar la tenencia de sus hijos y genera desventajas para ambos géneros. La protección es aparente y las restricciones pueden generar una afectación mayor al beneficio que se pretende alcanzar, lo que conlleva a que la norma impugnada incumpla el criterio de proporcionalidad.
- 194.** En este sentido, se constata que la norma impugnada no supera el test de igualdad, por lo que se manifiesta como discriminatoria. Incumple una consideración primordial, que es el principio de interés superior de NNA. Es indispensable que se evalúe singularmente las circunstancias concretas de cada NNA para obtener una decisión

<sup>88</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 32.

<sup>89</sup> Si bien la tenencia compartida no está expresamente contenida en el CONA, el numeral 1 del artículo 106 del cuerpo normativo referido señala que: “Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija”. Por este acuerdo, se podría pactar una tenencia compartida y el juez debe respetar dicho acuerdo, salvo que sea contrario o perjudicial para el interés superior de NNA. Ahora bien, se indica que es una medida alternativa que evitaría una transgresión a principios constitucionales puesto que la figura busca que ambos progenitores mantengan la tenencia. Al respecto, el Tribunal Supremo Español, en la Resolución N°. 267/2013, Recurso N°. 2525/2011, estableció que: “habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea” (pág. 7).

<sup>90</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 34-19-IN/21 y Acumulados de 28 de abril de 2021, párr. 168.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

particular que los involucre. En cuanto a los padres, la norma impugnada se opone a la igualdad formal, ya que genera una desventaja para que se le entregue la tenencia, pues el padre deberá probar que es un cuidador más idóneo que la madre, aunque ambos sean igualmente aptos para que se les entregue la tenencia.<sup>91</sup>

- 195.** Este trato genera, además de una excesiva carga procesal<sup>92</sup>, una perpetuación de los contextos de violencia de género e intrafamiliar. El padre, en lugar de demostrar que es más idóneo para el cuidado de sus NNA, tiene que evidenciar por qué la madre no es apta para que se le encargue la tenencia. Esto, indefectiblemente, llevará a una batalla de desprestigio hacia la madre independientemente del interés superior, que debería ser el principal elemento a considerar.
- 196.** Por otra parte, la norma impugnada asume que todas las madres querrán y serán más aptas e idóneas para criar a los hijos que los padres; empero el único sustento para ello es que, social e históricamente se ha impuesto a la madre la obligación de asumir el rol de cuidadora.<sup>93</sup> En virtud de esto, se podría explicar que el 92% de los casos de tenencia se asignan a la madre.<sup>94</sup>
- 197.** Finalmente, para NNA se observa que su interés superior se encontraría limitado por una condición que impide que se evalúe y examine las condiciones específicas que podrían afectar sus derechos.
- 198.** En tal sentido, la norma referida fomenta estereotipos y la perpetuación de roles de género, ya que se presume que las mujeres deben criar al hijo, mientras que los hombres deben proveer en el hogar, lo que afecta significativamente el deber de corresponsabilidad, constitucionalmente previsto; el derecho a la igualdad; y, como efecto de lo anterior, la distribución de tareas en el cuidado de los hijos y el ingreso al ámbito laboral de las mujeres<sup>95</sup>. Al respecto, esta Corte advierte que la norma impugnada no supera el test de igualdad, demostrando su inconstitucionalidad.

<sup>91</sup> En estos casos el padre deberá probar descuido y maltrato por parte de la madre, lo que implica que en la práctica las autoridades judiciales distan de analizar el interés superior del niño. Al contrario, parecería que existe un apego y un sesgo, reforzado por la norma impugnada.

<sup>92</sup> Fabiola Lathrop Gómez. "(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno". *Revista Ius et Praxis*, 16/2, 2010. Págs. 147-184.

<sup>93</sup> Fabiola Lathrop Gómez. "(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno". *Revista Ius et Praxis*, 16/2, 2010. Págs. 147-184.

<sup>94</sup> INEC, 2017; Andrés Ortiz Lemos. *Cuando nos volvamos a ver*. Editorial el Conejo. Quito: 2018.

<sup>95</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencias N°. 34-19-IN/21 de 28 de abril de 2021, párr. 168; N°. 7-11-IA/19 de 28 de octubre de 2019, párr. 31. Al respecto, con este tipo de preferencias, la Corte IDH ha establecido en el caso *Atala Riffo y niñas c. Chile* ha establecido que: "*es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación*"<sup>95</sup>. Incluso la doctrina mantiene que: "[la regla de preferencia materna] ha sido desechada en la mayoría de las legislaciones por reparos de constitucionalidad, dadas por la transgresión al principio de igualdad de los padres y no discriminación



**ECUADOR**  
**SENTENCIA CASO 28-15-IN**  
**Jurisprudencia**



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet**

**6.2.1. Análisis del principio del interés superior de los NNA.**

**199.** La CRE define, en su artículo 11, el interés superior de NNA<sup>96</sup> como:

*un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. (...) El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.<sup>97</sup>*

**200.** La Corte Constitucional, en múltiples sentencias, ha establecido que el interés superior de NNA debe ser una consideración primordial y tendrá protagonismo en las decisiones concernientes a NNA<sup>98</sup>:

*cuando hay varias opciones para escoger en relación con los niños, niñas y adolescentes, según las circunstancias de cada caso, el interés superior exige optar por la que más favorezca al ejercicio de derechos de los niños, niñas y adolescentes.<sup>99</sup>*

*del padre*". Rodrigo Barcia Lehmann, "Facultades y derechos compartidos respecto de los hijos: una mirada desde el derecho comparado". *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20/1, 2013. Págs. 21-60.

<sup>96</sup> En lo referente al ámbito internacional, el interés superior de NNA se encuentra contemplado en la Declaración de los Derechos del Niño, principio 2 y en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3. El Comité de los Derechos del Niño indica que el interés superior del niño es un concepto triple: "a) *Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos". Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N.º 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013.*

<sup>97</sup> Asimismo, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 44, reconoce la importancia de proteger y velar por la vigencia del principio de interés superior de NNA. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1484-14-EP/20 de 15 de julio de 2020, párr. 64.

<sup>98</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 32. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párr. 124. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1484-14-EP/20 de 15 de julio de 2020, párr. 69. Esto de conformidad con el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del Niño.

<sup>99</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párr. 142.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrería Bonnet

201. Como quedó anotado en los párrafos 133 y 134 *supra*, la norma impugnada está configurada por una regla y una condición. Sin embargo, a partir del interés superior de NNA no puede ser una condición, sino la base sobre la que se decide los derechos de NNA. En otras palabras, debe ser la regla por la que se encarga la tenencia.
202. Precisamente sobre esta consideración, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N°.14 considera que:

*las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso (énfasis agregado).<sup>100</sup>*

203. En caso de conflictos de derechos, los derechos de NNA prevalecerán sobre los derechos de sus progenitores. Es una obligación de todo juzgador privilegiar y tutelar, de forma efectiva y sin excepciones, el interés superior de NNA. Esto exige considerar la integralidad de los hechos puestos en conocimiento del operador de justicia, y las circunstancias particulares de cada caso, lo que implica examinar situaciones específicas de los NNA involucrados y particularmente la realidad en la que se desenvuelven –*infra* 7.1–.
204. Como quedó anotado en el párrafo 157 *supra*, una de las justificaciones de la norma reside en su practicidad para agilizar los procesos. Esta argumentación se descarta, puesto que el interés superior de NNA debe prevalecer como consideración primordial. De hecho, la justificación de celeridad supone que la autoridad judicial debe apegarse a un único criterio, sin tomar en consideración cuestiones que podrían afectar el interés superior de NNA, contraviniendo la obligación del Estado. Según el Comité de los Derechos de Niño:

*Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho.<sup>101</sup>*

<sup>100</sup> Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 67. Asimismo, esta observación establece elementos mínimos y esenciales que deberán respetarse en todos los casos: el derecho a la opinión, el derecho a la identidad, el derecho a la familia y a la convivencia familiar, el cuidado, protección y seguridad de NNA, la situación de vulnerabilidad, el derecho a la salud y a la educación. En la mentada Opinión, el Comité afirma que la “*evaluación del interés superior*” consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto.

<sup>101</sup> Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 13.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

205. El argumento mencionado deviene de una visión adultocéntrica, en donde la norma impugnada<sup>102</sup>, primero ordena observar la situación del padre y de la madre y, luego, el interés superior de NNA a pesar de que este último debe ser lo principal.
206. El encargo de la tenencia no puede estar subordinada a un criterio único, como el sexo de los progenitores, menos aún en detrimento de la protección del interés superior de NNA. Al contrario, se debe evaluar caso por caso cuál sería la mejor opción para NNA.

**6.2.1.1. Derecho a ser escuchado y opinión como elemento del interés superior de NNA.**

207. La evaluación del interés superior de NNA implica “*el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan*”<sup>103</sup>.
208. La Corte Constitucional, de conformidad con jurisprudencia internacional<sup>104</sup>, ha establecido que:

*La escucha debe ajustarse a sus condiciones personales, como edad o capacidad de comprensión, y es una de las formas de advertir su interés genuino. Garantizar el derecho a ser escuchado permite aplicar el interés superior, tomar mejores decisiones y, al mismo tiempo, promover la participación del niño o niña, estimular el futuro desarrollo de la personalidad y de sus capacidades para ejercer derechos.*<sup>105</sup>

<sup>102</sup> El adultocentrismo, según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (“UNICEF”), “*indica que existen relaciones de poder entre los diferentes grupos de edad que son asimétricas en favor de los adultos, es decir, que estos se ubican en una posición de superioridad. Los adultos gozan de privilegios por el solo hecho de ser adultos, porque la sociedad y su cultura así lo han definido. Por ejemplo, si un adolescente rompe un vidrio por error, recibe una sanción de parte del adulto (grito, reto, castigo o golpes), si este adulto comete el mismo error, no recibe castigo de parte del adolescente e incluso puede asumir que fue un accidente y, en el mejor de los casos, decir que tiene derecho a equivocarse (...) el pensamiento adultocéntrico considera a los niños, niñas, adolescentes y jóvenes como inacabados*”. En este sentido, el adultocentrismo supondría que los NNA no están preparados para tomar una decisión sobre la tenencia. Según la UNICEF, esta visión debe ser superada. UNICEF. Cuadernillo “Superando el adultocentrismo”, 2013. Pág. 18.

<sup>103</sup> Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 43. En la CRE, en su artículo 45, se reconoce que los NNA tienen derecho “*a ser consultados en los asuntos que les afecten*”. *Vid.* Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N°. 12. El derecho del niño a ser escuchado*. Doc. CRC/C/GC/12, 2009, párr. 22.

<sup>104</sup> Corte IDH. *Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 199. TEDH. *Caso Sommerfeld vs. Alemania*, sentencia de 8 de julio de 2003, párrs. 72 al 88 y *Caso Sahin vs. Alemania*, sentencia de 8 de julio de 2003, párr. 33. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-955 de 2013 de 19 de diciembre de 2013, párrs. 13 a 18.

<sup>105</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 202-19-JH/21 de 24 de febrero de 2021, párr. 148. Asimismo, la Corte acogió, de forma ejemplificativa, los cinco elementos que el Comité de Derechos del Niño mencionó para que exista un ejercicio del derecho a ser escuchado por parte de NNA: “1) *Preparación: se debe preparar a los niños, niñas y adolescentes antes de que ser escuchados, explicándoles cómo, cuándo y dónde se los escuchará y quiénes serán los participantes.* 2) *Audiencia: el lugar donde se*



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

**209.** Uno de los elementos que se debe evaluar para tomar en cuenta el interés superior de NNA es su opinión; y, a su vez, su desarrollo evolutivo para expresarla. El Comité de Derechos del Niño (“Comité”) ha establecido que:

*El hecho de que el niño sea muy pequeño (...) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior.*<sup>106</sup>

**210.** En la Observación general N°. 12 del Comité se contempla, específicamente, el derecho del niño a ser escuchado en procedimientos judiciales civiles, como lo son el divorcio o la separación. Al respecto, el Comité ha manifestado que: “*toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones y en los procesos de mediación*”<sup>107</sup>.

**211.** El último inciso del artículo 106 del CONA señala que a partir de los 12 años la opinión de NNA es obligatoria para el juez, se observa que esto excluye a los menores de dicho rango de edad. A pesar de esto, la Corte advierte que el juez, con el equipo técnico correspondiente, debe escuchar y tomar en consideración la opinión de NNA incluso antes de los 12 años, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, que ha sido interpretada en la Observación General N°. 20 emitida por el Comité de los Derechos del Niño, y en función de su edad y madurez.<sup>108</sup>

**212.** En el contexto integral de la norma impugnada sí se contempla el derecho de NNA a ser escuchados, pero este derecho está limitado por el criterio de preferencia materna y se pierde su efecto útil. En este sentido, la norma impugnada deja sin eficacia el derecho de NNA a ser escuchados ya que, si bien podrían expresar su opinión sobre el encargo de la tenencia, esta se encontraría limitada por una preferencia a la madre al ser menores de 12 años.

*realice la entrevista tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que los niños, niñas o adolescentes puedan estar seguros de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que hayan decidido comunicar. 3) Evaluación de la capacidad del niño: en cada caso se debe evaluar la capacidad del niño de formarse un juicio propio, luego de ello, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes como factor destacado en la resolución de la cuestión. 4) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño, niña o adolescente (comunicación de los resultados al niño, niña o adolescente): se debe informar al niño, niña o adolescente del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones para efectos de conocer su posición. 5) Quejas, vías de recurso y desagravio: los niños, niñas o adolescentes deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas”. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 12. El derecho del niño a ser escuchado. Doc. CRC/C/GC/12, 2009, párr. 41 a 46; Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 45.*

<sup>106</sup> Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 53.

<sup>107</sup> Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°. 12. El derecho del niño a ser escuchado. Doc. CRC/C/GC/12, 2009, párr. 52.

<sup>108</sup> Cfr. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N°. 2691-18-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 46.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

**6.2.1.2. Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones**

**213.** Otro de los elementos de evaluación para determinar el interés superior de NNA es la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones.<sup>109</sup> Los accionantes mantienen que la norma impugnada refuerza la separación familiar e impide que exista un fortalecimiento del núcleo familiar.

**214.** Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla que:

*el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho 'a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño'.<sup>110</sup>*

**215.** De esta forma, “al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso”<sup>111</sup>.

**216.** La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T-012, sostuvo que:

*un niño o una niña sin familia se ven privados de crecer en un ambiente de cariño, afecto, solidaridad, alimentación equilibrada que propicia la educación, la recreación y la cultura. Por ello, sus padres o miembros de familia que ocupen ese lugar –abuelos, parientes, padres de crianza-, son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los vínculos familiares y deben poner especial atención encaminada a que la niñez crezca en un escenario apropiado para el ejercicio de sus derechos y que puedan contar con los cuidados y la atención requerida (...) se puede inferir que existe una presunción no solamente en el orden jurídico interno, sino en los tratados internacionales de derechos humanos, a favor de mantener el vínculo recíproco entre los padres biológicos y sus hijos o hijas, cualquiera sea la configuración del grupo*

<sup>109</sup> Al respecto, la Observación establece que “La conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio. Esas relaciones abarcan a la familia ampliada, como los abuelos, los tíos y tías, los amigos, la escuela y el entorno en general, y son particularmente importantes cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes”. Comité de los Derechos del Niño. Observación General N.º 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 70.

<sup>110</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, artículo 9, número 3. Sobre esto, Soledad Torrecuadrada García-Lozano, indica que “la preservación del entorno del niño es fundamental (...) en el caso de ruptura en la familia, la custodia ha de procurar incidir en la menor manera posible en las rutinas del pequeño y en todos los casos hay que procurar sostener una relación normalizada con ambos progenitores y sus familias en sentido amplio”. Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “El interés superior del niño”. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 16, 2016. Págs. 131-157.

<sup>111</sup> Comité de los Derechos del Niño. Observación General N.º 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 67. Asimismo, se procura evitar afectaciones del sistema familiar. Como, por ejemplo, la alienación parental la cual versa sobre las “conductas que lleva a cabo el padre o la madre que tiene la custodia de un hijo o hija, e injustificadamente impide las visitas y convivencias con el otro progenitor, causando en el niño o niña un proceso de transformación de conciencia, que puede ir desde el miedo y el rechazo, hasta llegar al odio”. Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. “Alienación Parental”, 1, 2011. Pág. 7.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

*familiar, pudiendo ser separados, únicamente por motivos excepcionales. Presunción que solo puede ser desvirtuada por medio de argumentos poderosos, relacionados, se insiste, en la ineptitud de la familia biológica para asegurar el bienestar del niño o de la niña, o en los riesgos o peligros reales y concretos que los amenacen.*<sup>112</sup>

**217.** Esta Corte Constitucional advierte que el mantenimiento de vínculos familiares es un derecho fundamental de NNA. En el caso concreto, la norma impugnada dista de establecer como regla o como criterio principal el interés superior de NNA al momento de encargar la tenencia.

**218.** Encargar la tenencia a la madre de forma preferente, podría atentar contra la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de relaciones familiares. Al establecer que el padre debe probar que la madre no es apta para criar a NNA, en lugar de salvaguardar su interés, se genera conflictos que conllevan a la perpetuación de contextos de violencia de género e intrafamiliar, así como un distanciamiento entre los progenitores, y, a su vez, entre la familia ampliada.<sup>113</sup>

**219.** Encargar la tenencia de manera prioritaria a la madre, podría causar una desventaja en muchas ocasiones para la familia ampliada del padre, en caso de que éste se encuentre en las mismas condiciones y sea igualmente idóneo para cuidar al NNA. En consecuencia, esto puede generar distanciamientos emocionales entre los NNA y su familia paterna.

**220.** La Corte Constitucional encuentra que la norma impugnada es incompatible con el interés superior de NNA y reitera que en “*las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular*”<sup>114</sup>.

**6.3. ¿El encargo preferente de la tenencia hacia la madre viola el principio de corresponsabilidad parental?**

**221.** El artículo 69, números 1 y 5 de la CRE manda que:

<sup>112</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-012 de 2012 de 20 de enero de 2012, párr. 5.2.

<sup>113</sup> Al respecto estos conflictos causan dificultad para que NNA se relacionen y permanezcan unidos con su familia. Sobre este tipo de situaciones, la Corte Constitucional de Colombia ha emitido jurisprudencia en la que desarrolla el derecho de los NNA a tener una familia, a saber: (i) sentencia T-572/2010 de 15 de julio de 2010, párr. 61, en la que se ordena diseñar un plan de restablecimiento de relación materno-filial después de que un niño con síndrome de down es separado de su madre y de sus dos hermanos. La Corte Constitucional de Colombia remarca que los vínculos afectivos también forman parte del desarrollo integral de NNA, siempre que la madre—quien ostentaba su tenencia— sea apta para su cuidado; y, (ii) sentencia T-012 de 2012 de 20 de enero de 2012, párrs. 5.2 a 5.7, en la que una madre con la custodia de un niño generó múltiples impedimentos para que el padre no pueda ver a su hijo, a pesar de que el pagaba a tiempo las pensiones alimenticias. En la mentada sentencia se analizó que el derecho a tener una familia se encuentra limitado por motivos excepcionales como peligros inminentes o riesgos reales, no obstante, si no se observa una limitación, es imprescindible que los NNA mantengan un vínculo con su familia y crezcan en un ambiente de afecto, cariño y solidaridad.

<sup>114</sup> Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N° 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 67.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

*Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo (...) Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia (...) El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.<sup>115</sup>*

**222.**La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 18, prescribe que:

*Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que **ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño**. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.<sup>116</sup> (énfasis agregado).*

**223.**El artículo 5 de la CETFDM recuerda a los estados su obligación de tomar las medidas más apropiadas para garantizar el reconocimiento de “(...) *responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos*”.

**224.**La corresponsabilidad parental es un principio que encamina la actuación de padre y madre respecto a sus hijos, “*implica, en términos simples, el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos tanto en el plano personal como en el patrimonial*”<sup>117</sup>. En casos de separación o de divorcio, la corresponsabilidad parental implica que padre y madre mantienen sus deberes de forma equitativa con sus hijos. Las decisiones deben ser tomadas de forma conjunta, beneficiando y considerando el interés superior de NNA.

**225.**Los accionantes manifiestan que la norma impugnada impide que madre y padre gocen de los mismos derechos y obligaciones frente a sus hijos. Indican que varios países ya han superado normas de este tipo, por lo que se debería adoptar otros mecanismos de custodia de conformidad con el contexto contemporáneo. La declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada, según los accionantes, permitiría la posibilidad de que ambos padres puedan compartir la tenencia y evitar que uno de ellos sea un mero visitador.

<sup>115</sup> Asimismo, en su artículo 83, número 16, prescribe que: “*Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: (...) Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten (...)*”.

<sup>116</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, artículo 18.

<sup>117</sup> Asimismo, consiste en la “*participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos*”. Marcela Acuña San Martín. “El principio de corresponsabilidad parental”. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, 20/2, 2013. Pág. 28.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

226. La corresponsabilidad parental se encuentra estrechamente vinculada con el interés superior de NNA. Ambas figuras buscan el bienestar de NNA, suponiendo que es beneficioso conservar la relación con padre y madre, independientemente de la separación o divorcio de los últimos. Resulta necesario aclarar que “*la finalidad del principio no es primordialmente satisfacer los deseos e intereses de los progenitores, sino proteger los derechos e intereses de los hijos, pues este es su fundamento*”<sup>118</sup>.

227. Es decir que:

*Las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso*<sup>119</sup> (énfasis agregado).

228. Por ello, es necesario considerar que no pueden primar los intereses de un progenitor sobre el otro considerando a la tenencia como un mecanismo para conseguir intereses. El encargo de la tenencia no puede verse como una herramienta de chantaje, manipulación o negociación entre los progenitores para violentar al otro. Tampoco se puede utilizar como una herramienta de manipulación para solicitar un incidente de rebaja de alimentos. Al contrario, el principio rector en lo concerniente a NNA no versará sobre las necesidades del padre o de la madre. Este, únicamente tratará sobre el interés superior de NNA.

229. La norma impugnada es contraria al interés superior de NNA porque no evalúa en cada caso su bienestar y, a falta de acuerdo entre progenitores, se encarga la tenencia de forma preferencial y prioritaria a la madre. La regla resulta contraria al principio de corresponsabilidad parental, la cual tiene su fundamento en el principio de interés superior de NNA. Cabe agregar que sería erróneo interpretar que la tenencia exclusiva<sup>120</sup> es contraria a la corresponsabilidad parental<sup>121</sup>. Al contrario, la corresponsabilidad parental debe ser ejercida aun en contextos en que la tenencia sea exclusiva, para que

<sup>118</sup> Marcela Acuña San Martín. “El principio de corresponsabilidad parental”. *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, 20/2, 2013. Pág. 28. Al respecto, se observa que varias de las alegaciones de los *amici curiae* se centran en que la tenencia compartida debe primar como regla; no obstante, este Organismo advierte que ello también supondría una rigidez en evaluar caso por caso el interés superior de NNA.

<sup>119</sup> Asa, P. J., Asurey, V., Bacigalupo, M., Bendel, Y., Bertolé, C., Bianchi, D., Bigalli, C., Braguinsky, E., Carlotto, E., Colombo, M., Corti, D., Corti, H., Duacastella, L., Famá, M. V., Feierherd, M. J., Figueroa, M., De la Fuente, A., Garrote, N., Hernández, J., Fonnegra, V., Marinis, L., Mattered, M. F., Mattered, M. R., Luaces, L., Pignata, N., Ponce, G., Posleman, J., Presman, C., Pujol, S., Queirolo, C., Ronconi, L., Rua, M. I., Sas, N., Schulman, N., Selwood, I., Siderio, A. J., Simon, F., Snaider, M., Tordi, A. T., Urribarri, R., y Weinberg, I. (2019). *Convención sobre los Derechos del Niño Comentada*. Ministerio Público Tutelar.

<sup>120</sup> Por tenencia exclusiva se entiende que solamente a uno de los progenitores se le encarga el cuidado del NNA, mientras que el otro progenitor lo visita.

<sup>121</sup> Otorgar en estos casos la tenencia al padre o a la madre, no implica que ellos no vayan a tener una corresponsabilidad parental, independientemente de quién ostente la tenencia.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

padres y madres procuren mantener de forma equitativa derechos y obligaciones atendiendo al fundamento del principio, el cual es buscar el interés superior de NNA.

**230.** Reconociendo que la declaratoria de inconstitucionalidad es de *ultima ratio*<sup>122</sup>, esta Corte observa que la norma impugnada es inconstitucional por ser contraria al principio de igualdad y no discriminación, al interés superior de NNA y a la corresponsabilidad parental, por lo que debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.

#### **6.4. Sobre la violencia vicaria de género**

**231.** Múltiples *amici curiae* han argumentado que la justificación de la norma impugnada es la protección a la mujer y la búsqueda de la evasión a la violencia vicaria, como un tipo de violencia de género intrafamiliar.

**232.** La Corte IDH, ha establecido que: “...la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar “no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y que estas situaciones de violencia están fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”<sup>123</sup>.

**233.** El artículo 10 de la Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres indica los siguientes tipos de violencia: física, psicológica, sexual, económica y patrimonial<sup>124</sup>, simbólica, política, y gineco-obstétrica.

**234.** De las cifras del INEC (2019) se observa que 32 de cada 100 mujeres en el Ecuador, han experimentado por lo menos un hecho de algún tipo de violencia en alguno de los distintos ámbitos en el año 2018<sup>125</sup>. Por otra parte, a lo largo de la vida, 65 de cada 100

<sup>122</sup> La Corte Constitucional ha establecido que solo se debe recurrir a la declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso. Al advertir que se ha desvirtuado por completo la suposición de constitucionalidad de la norma impugnada, se observa necesario expulsarla del ordenamiento jurídico. *Cf.*: Corte Constitucional del Ecuador. Voto salvado Daniela Salazar, sentencias N°. 14-11-IN de 22 de enero de 2020, párr. 13 y N°. 35-12-IN/20 de 17 de junio de 2020, párr. 23.

<sup>123</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010.

<sup>124</sup> Una de las formas en que se ha manifestado la violencia económica es en la falta reiterativa de pago de las pensiones alimenticias. Así lo ha determinado el Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal de España, en el recurso N°. 2293/2019 de fecha 17 marzo de 2021.

<sup>125</sup> INEC, Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres – ENVIGMU, noviembre 2019.

En dicha encuesta también se examina que:

- 27 de cada 100 mujeres, creen que una buena esposa debe obedecer a su esposo en todo lo que él ordene.
- 45 de cada 100 mujeres, creen que las mujeres deben ser las responsables de las tareas de la casa, cuidado de los hijos/as, de las personas enfermas y ancianas.
- 45 de cada 100 mujeres, creen que el hombre debe ser el principal responsable de todos los gastos de la familia.
- 86 de cada 100 mujeres, creen que una mujer tiene el mismo derecho para trabajar y ganar dinero.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

mujeres en el Ecuador han experimentado por lo menos un hecho de algún tipo de violencia<sup>126</sup>.

**235.** Como se observa, existen altas cifras de violencia contra la mujer en Ecuador. Doctrinariamente, el concepto de violencia vicaria de género ha sido entendido como aquellos “*supuestos en que es el varón quien ejerce el daño/venganza sobre la mujer a través de los hijos*”<sup>127</sup>. Esta forma de violencia no ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; no obstante, dentro de la doctrina, ha sido contemplada como la forma “*más extrema de la violencia de género*”<sup>128</sup>.

**236.** En estos casos, el maltratador cuenta con el régimen de visitas para ejercer la violencia vicaria de género<sup>129</sup>, por la cual el hijo o la hija se torna en objeto de la agresión. Ahora bien, este tipo de violencia aumenta con la separación de la pareja<sup>130</sup> y algunos ejemplos pueden ser: amenazas a la progenitora sobre la vida de sus hijos, terminar con la vida de sus hijos o entregarlos en estados deplorables.

**237.** Para esta Corte Constitucional este tipo de eventos son extremadamente alarmantes. Al respecto, cabe tomar el pronunciamiento del CEDAW en el caso Ángela González Carreño contra España<sup>131</sup>.

- 28 de cada 100 mujeres, creen que las mujeres que trabajan descuidan su hogar o a sus hijos.

<sup>126</sup> INEC, Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres – ENVIGMU, noviembre 2019.

<sup>127</sup> Eric García López, Mila del Capo, David González Trijueque. “Sobre la llamada violencia vicaria”. *Instituto Nacional de Ciencias Penales*. Otros doctrinarios como Sonia Vaccaro la han definido como “*Violencia contra la mujer [...] cuya máxima expresión es el asesinato de las hijas y los hijos. El maltratador sabe que dañar, asesinar a los hijos/hijas, es asegurarse de que la mujer no se recuperará jamás. Es el daño extremo*”. “La justicia como instrumento de la violencia vicaria: la ideología del pretendido “SAP” y la custodia compartida impuesta”. Comisión de Igualdad del Consejo de Cultura Galega. Galicia, Santiago de Compostela. Obtenido de: [http://consellodacultura.gal/mediateca/extras/CCG\\_ac\\_2018\\_novasformasviolenciaxenero\\_soniavaccaro.pdf](http://consellodacultura.gal/mediateca/extras/CCG_ac_2018_novasformasviolenciaxenero_soniavaccaro.pdf).

<sup>128</sup> Diana Carolina Tibaná Ríos, Diana Alejandra Arciniegas Ramírez, Ingrid Julieth Delgado Hernández. “Tipos y manifestaciones de la violencia de género: una visibilización a partir de relatos de mujeres víctimas en Soacha, Colombia”. *Prospectiva. Revista de Trabajo Social e intervención social*, (30), págs. 117-144.

<sup>129</sup> Por ejemplo, véase opinión de Raúl Hirakawa Andía, abogado experto en violencia de género: <https://www.laopiniondezamora.es/zamora-ciudad/2021/06/27/maltratador-cuenta-regimen-visitas-ejercer-54360826.html>

<sup>130</sup> Diana Carolina Tibaná Ríos, Diana Alejandra Arciniegas Ramírez, Ingrid Julieth Delgado Hernández. “Tipos y manifestaciones de la violencia de género: una visibilización a partir de relatos de mujeres víctimas en Soacha, Colombia”. *Prospectiva. Revista de Trabajo Social e intervención social*, (30), págs. 117-144.

<sup>131</sup> Dentro del mencionado caso, la señora Ángela se separó de su esposo cuando su hija Andrea tenía tres años de edad. Esto sucedió en un contexto de violencia después de que el padre de la menor la amenazara con un cuchillo, considerando que, antes y después de su matrimonio, fue objeto de violencia física y psicológica. Después de varias denuncias que tenían como fin evitar que el padre de Andrea y ella pasaran tiempo a solas, el padre de la niña se acercó a la madre y le manifestó que “le iba a quitar lo que más le importaba” refiriéndose a la niña. Posteriormente, la policía encontró los cuerpos sin vida de la niña y de su padre. Debido a la gravedad del caso, el CEDAW lo conoció y examinó la responsabilidad de España de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 7 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. El CEDAW indicó que dichos hechos se enmarcaron en un contexto de violencia, donde el padre no pagaba la pensión de alimentos.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

**238.** En su resolución dicho Comité recalcó que, en asuntos relativos a custodia y a visitas, el interés superior de NNA es una consideración esencial. Y, de forma evidente, es necesario que las autoridades jurisdiccionales tomen en consideración cualquier contexto o antecedente de violencia para determinar el interés superior de NNA, con las necesarias salvaguardas.

**239.** Por todas estas consideraciones, el CEDAW recomendó al Estado parte:

*Tomar medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia; ii) Reforzar la aplicación del marco legal con miras a asegurar que las autoridades competentes ejerzan la debida diligencia para responder adecuadamente a situaciones de violencia doméstica; iii) Proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica que incluya formación acerca de la definición de la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité, en particular la recomendación general núm. 19.*

**240.** La sentencia referida, al igual que lo expuesto respecto a la violencia vicaria de género, son esenciales para las consideraciones de la presente sentencia. Tanto mujeres como niños pueden ser víctimas directas de este tipo de violencia, por lo que se debe enfatizar que en cualquier discusión o decisión que se tome relacionada a NNA, como por ejemplo al establecer el régimen de visitas, y, principalmente en el encargo de la tenencia, se debe tomar, con la debida diligencia, todas las medidas necesarias y conducentes a descartar la existencia de violencia física, psicológica, emocional, de género, doméstica-intrafamiliar y patrimonial o económica.

**241.** De esta forma, la Corte recalca que es inaceptable que en cualquier discusión que se vincule con el encargo de la tenencia de NNA, se los utilice como instrumentos de

---

Dentro del caso, el Estado alegó que no se podía presagiar en los informes psicológicos y de servicios sociales un comportamiento del padre que desencadenara en una amenaza para la vida o salud física de la niña. Al respecto, el CEDAW manifestó su discordancia con tal afirmación ya que: i) la separación de los esposos estuvo precedida por incidentes violentos y la menor fue testigo de esto; ii) existieron múltiples órdenes de alejamiento; iii) los informes de los servicios sociales reiteraban que el padre utilizaba a su hija para transmitir mensajes de animadversión hacia la madre; iv) un informe psicológico determinó que el padre tenía “un trastorno obsesivo-compulsivo, con rasgos celotípicos y una tendencia a distorsionar la realidad que podría degenerar a un trastorno similar al paranoide”; v) en las visitas no vigiladas, se emitieron informes que indicaban la probabilidad de que existan situaciones en las que el padre pregunte continuamente sobre la vida privada de la madre; y, vi) el padre incumplió, desde el comienzo de la separación, el pago de pensiones alimenticias.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herreria Bonnet

chantaje entre los progenitores o como mecanismo para perpetuar contextos de violencia.

### 7. Consideraciones adicionales

**242.** La Corte estima que las frases “*la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre*” y “*se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija*” son contrarias a la CRE, y, por ende, declara su inconstitucionalidad por el fondo.

**243.** Reiterando lo expuesto en la presente sentencia, la Corte Constitucional no tiene atribuciones legislativas. No obstante, al observar que la norma impugnada es inconstitucional, se advierte la necesidad de una reforma legislativa al CONA que contemple el interés superior de NNA como principio rector para el encargo de la tenencia a padre o madre, independientemente de su sexo. Esta modificación deberá incorporar los parámetros para que se evalúe el encargo de la tenencia, acorde a principios como la corresponsabilidad parental.<sup>132</sup> En relación con lo expuesto, la Corte observa que la Asamblea Nacional se encuentra elaborando el “Proyecto Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes”; por lo que dicho Organismo deberá tomar en consideración los argumentos expuestos en esta sentencia, de conformidad con el artículo 84 de la CRE para la reforma del mentado artículo.

**244.** Por su parte, la Defensoría del Pueblo deberá aportar con un informe que contemple lo argumentado en esta sentencia para la elaboración del “Proyecto Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes”, en el plazo máximo de 90 días contados desde la notificación de la presente sentencia para que sea discutido en la Asamblea Nacional. En consecuencia, la Asamblea deberá conocer y discutir el “Proyecto Orgánico para la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes” en un plazo máximo de 12 meses, a partir de la presentación del informe que realice la Defensoría del Pueblo.

**245.** De conformidad con el artículo 95 de la LOGJCC, los efectos en el tiempo serán generales y hacia el futuro; por lo que, ningún servidor público, autoridad judicial o entidad del Estado podrá aplicar la norma impugnada una vez que se publique en el Registro Oficial del Ecuador la presente sentencia. Hasta que no exista la normativa correspondiente, el criterio judicial para encargar la tenencia de NNA–, será considerar, como principio rector, la satisfacción plena del interés superior de NNA, de conformidad con los parámetros delimitados a continuación: 7.1 *infra*.

<sup>132</sup> Esto de conformidad con las obligaciones internacionales que desarrolla el Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N.º 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Doc. CRC/C/GC/14, 2013, párr. 15, al establecer que los Estados deben adoptar una serie de medidas y velar por que el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas las actuaciones legislativas, administrativas o judiciales.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

**7.1. Parámetros para evaluar, caso por caso, el encargo de la tenencia de los NNA.**

- 246.** Es necesario establecer parámetros a seguir por las autoridades judiciales, mientras no exista marco regulatorio; y, para el legislador, hasta que no se desarrolle la normativa pertinente. Todo esto, con el fin de garantizar los derechos de NNA. Por ello, en vista de que los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA han sido expulsados del ordenamiento jurídico, en los escenarios en que se discuta la entrega de la tenencia, deberá primar el interés superior de niños, niñas y adolescentes bajo las siguientes consideraciones.
- 247.** Bajo ningún caso el juez o jueza podrá fundar su decisión en el género de los progenitores o **en su capacidad económica**. Los lineamientos no deben ser considerados como una lista taxativa de condiciones que satisfactoriamente cumplan el interés superior de NNA. Se deberá evaluar cada caso, de acuerdo al contexto y utilizando como base todos los elementos establecidos en la presente decisión, sin considerar que unos tienen mayor jerarquía que otros.
- 248.** Todas las directrices expuestas en la presente decisión tienen un fin en común: establecer parámetros para la evaluación del interés superior de NNA, y que éstos se utilicen para encargar la tenencia a la madre o al padre:
- i.** Se tomará en consideración, principalmente, la opinión de NNA, sus deseos y emociones, considerando su derecho a ser escuchados, según su edad y grado de madurez.
  - ii.** Se considerará la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible para satisfacer las necesidades generales, físicas, emocionales y educativas del NNA.
  - iii.** Con la debida diligencia, se debe tomar todas las medidas necesarias para descartar la amenaza, existencia o el antecedente de violencia física, psicológica, doméstica, económica<sup>133</sup>- patrimonial y vicaria.

<sup>133</sup> Para ello, por ejemplo, se podría observar como un tipo violencia económica la falta de pago **reiterativa** de las pensiones alimenticias, cuando el obligado impide su pago ocultando bienes o mostrándose aparentemente insolvente para frustrar créditos por los que se pudo satisfacer la deuda de la pensión alimenticia. Así lo ha determinado el Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal de España, en la sentencia 239/2021, del recurso N°. 2293/2019 de fecha 17 marzo de 2021, en un caso donde un progenitor omitió el pago de pensiones alimenticias por una **década –10 años–**. Así, el Tribunal sostuvo que en el caso referido existía: *“delito de impago de pensión alimenticia que puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo. Todo ello determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impagos de pensiones alimenticias. Y*



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

- iv. Se encargará la tenencia procurando mantener la continuidad en la vida de los NNA, considerando el domicilio de ambos progenitores, atendiendo a la estabilidad y a las rutinas que han mantenido hasta la separación o divorcio de los padres.
- v. Se considerará la dedicación brindada y la relación que existía con el padre y madre, antes de producirse la separación o divorcio.
- vi. Se respetará la identidad de NNA.
- vii. Se observará la aptitud e idoneidad de los padres para satisfacer el bienestar de NNA, lo que involucra brindar un entorno adecuado dependiendo de su edad, cuidado, protección y seguridad.
- viii. Se analizará cualquier daño que hayan sufrido NNA o que potencialmente puedan sufrir.
- ix. Se reparará en las actitudes de cooperación de ambos progenitores, garantizando el mantenimiento de relaciones y la preservación del entorno familiar.
- x. Se estudiará el vínculo afectivo que se ha formado entre el hijo o hija, sus padres, y su familia ampliada.
- xi. Se contemplará cualquier otro factor como edad, contexto, grado de madurez, experiencia, pertenencia a un grupo minoritario, existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural de NNA que sirva para determinar su interés superior.<sup>134</sup>
- xii. Se podrá contar con informes elaborados por el equipo técnico de las unidades de familia, mismos que deberán ayudar a tomar una decisión sobre el interés superior de NNA, pero no serán el único elemento a considerar.

*ello, por suponer el incumplimiento de una obligación que no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos; todo ello desde el punto de vista del enfoque que de obligación de derecho natural tiene la obligación al pago de alimentos".* Si bien puede observarse lo mencionado como un tipo de violencia económica, esto no obsta que el progenitor sea candidato o candidata para la tenencia, siempre y cuando se cumplan las obligaciones, se reliquide la deuda y se haga un plan de pagos.

<sup>134</sup> Además de los criterios contenidos en la Observación General N°. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, la Corte utilizó los criterios jurídicos para determinar el interés superior de NNA desarrollados por Monroy Cabra con base en las sentencias de la Corte Constitucional de Chile. *Vid.* Marco Gerardo Monroy Cabra. *Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia*. Librería Ediciones del Profesional LTDA., Bogotá: 2011. Págs. 766 a 771. Asimismo, se consideró el artículo 1 de "The Children Act" o "El acta de los niños" de 1989 en el cual se desarrolló una lista en la que se podría verificar el interés superior de NNA.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

xiii. La sentencia deberá estar motivada, de tal forma que se explique cómo se tomaron en cuenta los parámetros antes referidos.

249. Siguiendo las recomendaciones del CEDAW, es imprescindible que el Consejo de la Judicatura y la Defensoría del Pueblo, en conjunto, coordinen capacitaciones para los jueces y juezas que conozcan causas de niñez y adolescencia para que se proporcione formación obligatoria referente a la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia de género que incluya formación sobre los estereotipos, así como una formación apropiada con respecto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del CEDAW.

250. En virtud de las alegaciones de múltiples *amici curiae* sobre la dependencia económica de las madres, se recalca que en el artículo 14, numeral 5, de la Ley Orgánica de la Defensoría Pública se establece que:

*Art. 14.- Representación en el patrocinio.- El patrocinio es otorgado, de manera obligatoria y gratuita, según las definiciones de las siguientes líneas de atención prioritaria:*

*(...) 5. En materia de niñez y adolescencia, el servicio se brindará a la persona que tenga bajo su cuidado al niño, niña, adolescente o a las entidades de acogimiento en los procesos de declaratorias de adoptabilidad o esclarecimiento de la situación legal, social y familiar de las niñas, niños o adolescentes, así como en el caso de acciones derivadas de permisos de salida del país relacionados con los derechos de salud y educación, cuando se encuentre en estado de indefensión, estado de vulnerabilidad para el acceso a la justicia o en condición económica sujeta a vulnerabilidad de conformidad con las definiciones establecidas en esta Ley; se garantiza la defensa pública especializada para las mujeres, niños, niñas y adolescentes, víctimas de violencia, adultos mayores, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas o de alta complejidad, personas en movilidad humana, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas indígenas, afrodescendientes y montubias; (énfasis añadido)(...).*

251. Además de esto, la Corte observa la importancia de acelerar medidas normativas que busquen la igualdad real entre hombres y mujeres y el incremento de políticas públicas a favor de las mujeres, por distintas situaciones de vulnerabilidad en las que se puedan encontrar. Principalmente, tomando en cuenta las cifras señaladas a lo largo del proyecto que demuestran la desigualdad que todavía existe entre hombres y mujeres en distintos ámbitos. Por ello, esta sentencia apuesta a la necesidad para combatir estereotipos de género y la desigualdad en el ambiente doméstico, buscando el cumplimiento de la corresponsabilidad parental.

## 8. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

**1. Aceptar** la acción pública de inconstitucionalidad N°. 28-15-IN.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrera Bonnet

2. **Declarar** la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: (i) *“la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre”* y (ii) *“se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija”*.
3. **Disponer** que la Defensoría del Pueblo, contando con la participación activa de las organizaciones sociales y de manera coordinada con los distintos organismos estatales, en el plazo máximo de 90 días contados desde la notificación de la presente sentencia, prepare un informe que considere parámetros para otorgar la tenencia de NNA, de conformidad con los criterios desarrollados en esta sentencia.
  - i. La Defensoría del Pueblo deberá remitir a la Corte Constitucional del Ecuador la constancia de presentación de dicho informe para que sea discutido ante la Asamblea Nacional al cumplirse el plazo de 90 días otorgado para su elaboración.
4. **Disponer** que la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de 12 meses, contados desde la presentación del informe por la Defensoría del Pueblo, continúe el debate del Proyecto del “Código Orgánico para la Protección Integral de niñas, niños y adolescentes” respecto a lo relacionado con el encargo de la tenencia, siguiendo los parámetros establecidos en el párrafo 249 *supra*.
  - i. La Asamblea Nacional, a través de su representante, deberá informar trimestralmente sobre el avance y cumplimiento de esta medida a partir de la recepción del informe proporcionado por la Defensoría del Pueblo.
5. **Disponer** que la Defensoría del Pueblo y el Consejo de la Judicatura, de forma conjunta y en el plazo de 6 meses, elaboren un plan de capacitación dirigida a funcionarios judiciales que resuelvan casos relacionados a niñez y adolescencia, para que se proporcione formación referente a la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia; que incluya formación sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del CEDAW.
  - i. Las capacitaciones podrán realizarse a través de medios telemáticos.
6. **Disponer** que la Defensoría del Pueblo y la Defensoría Pública, de forma conjunta y en el plazo de 6 meses, elaboren un plan para informar a la ciudadanía sobre las características del servicio que esta última brinda en materia de niñez y adolescencia, de conformidad con el artículo 14, numeral 5, de la Ley Orgánica de Defensoría Pública. Para justificar el cumplimiento de la disposición, ambas



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 28-15-IN/21**  
**Juez ponente:** Enrique Herrería Bonnet

instituciones deberán remitir en un plazo de 8 meses contados desde la notificación de la sentencia, la constancia de dicho plan y de su aplicación.

- 7. Disponer** que el Consejo de la Judicatura, en el término máximo de 10 días desde su notificación, efectúe una amplia difusión del contenido de la presente sentencia mediante oficio dirigido a las juezas y jueces, defensores y defensoras públicas, a través de su correo institucional y a los miembros del Foro de Abogados. El Consejo de la Judicatura deberá justificar documentadamente el cumplimiento integral de la presente medida ante esta Corte dentro de los 5 días posteriores de haber finalizado el término concedido para tal efecto.
- 8. Disponer** que, durante los 12 meses siguientes a la notificación de esta sentencia, el Consejo de la Judicatura efectúe una publicación del contenido de la sentencia en su sitio web institucional, a través del banner principal de dicho portal. Para justificar el cumplimiento de la disposición, el Consejo de la Judicatura deberá remitir en un término de 10 días contados desde la notificación de la sentencia, la constancia de la publicación en el sitio web institucional.
- 9.** Notifíquese y cúmplase.

LUIS HERNAN  
BOLIVAR  
SALGADO  
PESANTES  
Dr. Hernán Salgado Pesantes  
**PRESIDENTE**

Firmado digitalmente  
por LUIS HERNAN  
BOLIVAR SALGADO  
PESANTES  
Fecha: 2021.12.10  
09:29:12 -05'00'

**Razón:** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con seis votos a favor de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado y Hernán Salgado Pesantes; y, dos votos salvados de las Juezas Constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez, en sesión ordinaria de miércoles 24 de noviembre de 2021; la Jueza Constitucional Daniela Salazar Marín no consigna su voto en virtud de la excusa presentada en la causa, la misma que fue aprobada en sesión de 07 de abril de 2021.- Lo certifico.

AIDA  
SOLEDAD  
GARCIA  
BERNI  
Dra. Aída García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**

Firmado  
digitalmente  
por AIDA  
SOLEDAD  
GARCIA BERNI



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**SENTENCIA No. 28-15-IN/21**

**VOTO CONCURRENTE**

**Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría**

1. Conuerdo con la decisión y con los argumentos que sustentan la sentencia, a base de un proyecto elaborado por el juez Enrique Herrería Bonnet. Me permito expresar las razones que me llevaron a apoyar esta sentencia.
2. La norma impugnada establece, en síntesis, que, a falta de acuerdo sobre la tenencia de los hijos o hijas, “*se preferirá a la madre.*” La sentencia declaró la inconstitucionalidad de estas palabras en las normas que establecen esta preferencia materna.
3. La sentencia motivó varias discusiones en el seno de la Corte. Tengo que reconocer que he tenido muchas dudas respecto a la constitucionalidad de la norma impugnada. También tengo que reconocer mis limitaciones, tales como las de ser hombre, de clase media, de gozar de múltiples privilegios en una sociedad patriarcal, y la de hablar, sin tener autoridad por esas mismas razones, de los feminismos. Tomar la decisión implicó reflexionar sobre los posibles efectos de la sentencia, tanto positivos como negativos.
4. Este voto razonado lo explicaré en varios acápites: i) la discusión sobre los argumentos a favor de la preferencia materna; ii) la discriminación contra la mujer y el derecho transformador; iii) las razones esencialistas que determinan el rol de cuidado en la mujer; iv) los riesgos y los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad; v) el rol de cuidado no es dado, se aprende; vi) el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado

**i) La discusión sobre los argumentos a favor de la preferencia materna**

5. En una primera discusión en Pleno me opuse a la declaratoria de inconstitucionalidad. Las razones fueron varias. En primer lugar, consideraba que había que tomar en cuenta la realidad en la que viven muchos hogares, en los que la gran mayoría de hijos e hijas viven bajo el cuidado de una mujer. Pensaba que esta realidad debía de ser tomada en cuenta y que debía incidir en los razonamientos de la Corte. Si la realidad mostraba que las mujeres son quienes mayoritariamente ejercen rol de cuidado, entonces la norma debía adecuarse a esa realidad.
6. En segundo lugar, otro hecho de la realidad que debía considerarse era que muchas mujeres sufren violencia doméstica. El quitar la preferencia materna podría ser una razón adicional para aumentar la vulnerabilidad de las mujeres frente al poder de su pareja masculina.



## ECUADOR

### SENTENCIA CASO 28-15-IN

#### Jurisprudencia



7. Además, consideraba que la eliminación de la norma de preferencia, promovía el litigio y, en este escenario, la mujer tenía más que perder, en particular quienes tienen escasos recursos para sobrevivir.
8. Finalmente, se ha argüido que la preferencia materna, dada la histórica y ancestral discriminación contra la mujer en muchos ámbitos de la vida, se podría considerar como una medida de acción afirmativa a favor de las mujeres.
9. Todos esos argumentos son discutibles. El hecho de que la gran mayoría de madres tienen actualmente la tenencia, no significa que sea una realidad que haya que mantenerla. Lo ideal no es que sigan las madres ejerciendo casi exclusivamente el cuidado de hijos e hijas, sino que padre y madre compartan ese cuidado.
10. En cuanto a la violencia doméstica, y trasladar el espacio de la violencia al ámbito jurisdiccional, el Estado tiene la obligación de garantizar “*una vida libre de violencia en el ámbito público y privado*.”<sup>1</sup> La presencia de un juez o jueza, tercero imparcial y que debería estar debidamente capacitado, podría ser una oportunidad para promover la protección de la madre y de sus hijos e hijas. Además, en el caso concreto, de presentarse signos de violencia o utilización de los hijos e hijas para hacer daño a la madre (violencia vicaria), se confirmaría los supuestos para que la madre tenga la tenencia y para que el padre tenga visitas restringidas y condicionadas. De hecho, la sentencia desarrolla unas directrices en las que toma en cuenta la amenaza o existencia de violencia.<sup>2</sup>
11. Con respecto al litigio como espacio que favorece al hombre, se pueden establecer medidas para que instituciones, como la Defensoría Pública, brinden atención especializada y preferente a las madres, sin que éstas tengan que incurrir en gastos adicionales, como lo señala la sentencia.<sup>3</sup>
12. Además, con relación al litigio, con la norma de preferencia materna, no me puedo imaginar lo que debe significar demostrar en un juicio que un hombre puede ejercer la tenencia. La carga de la prueba para que el hombre pueda exigir la tenencia lleva a situaciones patéticas. Había que demostrar que la madre no ejercía su rol y que era, en palabras de la Asamblea, “desnaturalizada”. Esto es que no ejerce el rol de cuidado y que, por poco, era una persona drogadicta, que ejercía la prostitución, que era alcohólica o cualquier otro atributo que, en una sociedad patriarcal, no es propio de una madre. Ahora, con la declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia materna, se espera que la carga de la prueba gire alrededor de los aspectos positivos del padre y de la madre, y no de lo peor de cada ser humano.
13. Finalmente, tenemos al argumento de que se trata de una acción afirmativa. Raro argumento. La acción afirmativa está diseñada para cambiar situaciones que impiden

<sup>1</sup> Constitución, artículo 66 (3) (b).

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia No 28-15-IN/21, párrafo 249 iii.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia No 28-15-IN/21, párrafo 251.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



el acceso al ejercicio de un derecho por parte de personas que nunca o difícilmente lo han ejercido. Por ejemplo, las personas indígenas, afrodescendientes o con discapacidad nunca o excepcionalmente han accedido a la universidad o a ciertos cargos públicos. Para garantizar su presencia, como acción afirmativa, se establece un cupo o cuota. Esta cuota obliga a la institución a garantizar el acceso de personas que históricamente no han podido estudiar en la universidad. En el caso de la preferencia materna, en cambio, históricamente, casi siempre, mayoritariamente, han ejercido el rol de cuidado y la tenencia. En la lógica de la acción afirmativa, quienes deberían tener una especie de cupo o cuota para cuidar deberían ser los hombres. No cuadra el argumento de que, por que son discriminadas en muchos ámbitos las mujeres, se les otorgue como acción afirmativa más de lo mismo.

**ii) La discriminación contra la mujer y el derecho transformador**

14. Uno de los fundamentos de cualquier movimiento feminista es el combate a la discriminación. La discriminación contra la mujer se ha presentado en varios ámbitos y de distintas maneras: las mujeres ejercen menos cargos de representación política que los hombres; las mujeres ganan menos, en trabajos iguales, que las mujeres; las mujeres sufren más violencia doméstica que los hombres; las mujeres sufren con más intensidad las crisis económicas que los hombres; las mujeres ejercen más el rol de cuidado que los hombres.
15. Si una de las manifestaciones discriminatorias es que las mujeres ejercen más el rol de cuidado que los hombres, y esto significa que tienen menos posibilidades de ejercer roles significativos para sus vidas en el ámbito público, entonces hay que alterar esta realidad. Cómo alterar esa realidad es cuando se presentan divergencias entre las varias perspectivas feministas que existen.
16. La Corte Constitucional ha dado pasos en la dirección de alterar los roles tradicionales de género. En una sentencia en la que se desarrolló el derecho al cuidado, constató con cifras la discriminación que sufre la mujer;<sup>4</sup> determinó “*que la brecha de género constituye un síntoma de una profunda y estructural sociedad patriarcal y de la discriminación sexual imperante. Los estereotipos de mujer cuidadora y hombre proveedor siguen existiendo*”<sup>5</sup>; dispuso que “*el Estado, mediante todos los medios que sean posibles y necesarios, debe universalizar el ejercicio del derecho y de la obligación de cuidar para que lo ejerzan, en igualdad de condiciones, tanto los hombres como las mujeres*”<sup>6</sup>; y, en concreto ordenó, como una medida para equilibrar las responsabilidades de cuidado frente a los hijos e hijas, que se fortalezca la licencia de paternidad “*para que los padres que trabajan compartan las responsabilidades de cuidado con las mujeres.*”<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. 3-19-JP y otros, párrafos 46 al 53.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. 3-19-JP y otros, párrafo 52.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. 3-19-JP y otros, párrafo 131.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. 3-19-JP y otros, párrafo 139.



## ECUADOR

SENTENCIA CASO 28-15-IN

Jurisprudencia



17. Una de las razones más importantes que hicieron que me decante por apoyar la sentencia es una idea que la he promovido en varios textos que he publicado<sup>8</sup>: transformar la realidad que es inequitativa, que oprime, que discrimina o que subordina, incluso si aquello implica tomar decisiones controversiales o poco populares.
18. Las preguntas, para decantarme, eran si la norma de preferencia materna promueve un determinismo en cuanto al rol de la mujer como madre; y si la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que establece la preferencia materna promueve una transformación para mejor.

### iii) Las razones esencialistas que determinan el rol de cuidado en la mujer

19. La Asamblea Nacional argumenta que *“por naturaleza, estarán con la madre ya que el padre no concibe, el padre no fecunda, el padre no es responsable de la gestación, el padre no alimenta –mientras es feto–, el padre no pare, el padre no amamanta, ese vínculo que genera la naturaleza porque así se ha preservado la especie... fuerte muy por encima del vínculo que puede existir con el padre por más excelentes padres que existan. A no ser que el ejemplo sea con una madre desnaturalizada, que hasta allá no llega la ley.”*
20. Cuando uno lee argumentos como los esgrimidos por la Asamblea Nacional y por sectores que se opusieron a la inconstitucionalidad de la norma, las alertas deben encenderse a favor de un cambio urgente y necesario.
21. El argumento de la Asamblea Nacional es esencialista. La madre es buena y hay que preferirla porque la naturaleza así lo ha dispuesto. El problema que tiene un argumento esencialista es que la realidad no se puede modificar. La madre está destinada al cuidado y no hay fuerza humana que cambie esta determinación. Si la madre es mala, es desnaturalizada.
22. ¡Qué carga tan grande en los hombros solo de las mujeres y qué responsabilidad exclusiva cuando se supone que no cumplen con su rol! No es justo.
23. A diferencia de quienes creen que las mujeres tienen atributos naturales que le hacen más apta para cuidar que los hombres, considero que, al contrario, se trata de una construcción social.
24. Esa construcción social se llama *“patriarcalismo.”* El patriarcado construye binarismos o dualismos jerarquizados y opuestos. Lo masculino tiene una consideración positiva y superior, y lo femenino está subordinado y desvalorado. El problema del patriarcado no es la existencia de hombres y mujeres, ni tampoco la

<sup>8</sup> *La utopía del oprimido: la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura* (Madrid: Akal, 2019); *El neoconstitucionalismo andino* (Quito: Huapuni, 2016); *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos* (Quito: UASB, 2013); *Neoconstitucionalismo transformador* (Quito: Abya Yala, 2011).



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



existencia de roles sociales, como el cuidado o la producción, sino los valores que se atribuyen a lo masculino y femenino, y la determinación de roles a los diversos géneros.

25. El patriarcalismo crea estereotipos que impiden el libre desarrollo de la personalidad, como que el hombre es más fuerte y racional, la mujer más débil y emocional, el hombre ejerce mejor la vida productiva, la mujer ejerce mejor el rol de cuidado.
26. En la adjudicación de roles y valores sociales a lo masculino y femenino, existen múltiples factores. A estos factores Alda Facio los denominó componentes y los dividió en tres: político cultural, estructural y formal normativo. Estos componentes *“están dialécticamente relacionados entre sí de tal manera que constantemente uno es influido, limitado y/o definido por el otro al tiempo que influye, limita y/o define al otro...”*<sup>9</sup>
27. La materia prima del derecho –componente formal normativo— es el lenguaje. El lenguaje crea realidades o invisibiliza la existencia. Lo que no tiene palabra, en el mundo del conocimiento, simplemente no existe. Lo que tiene palabra, en cambio, existe y emerge. El lenguaje crea realidad. Entonces la realidad se expande o se constriñe en función de las palabras y del saber. A más palabras, mayor saber. Por eso, según se afirma Einstein lo dijo, *“todo aquello que el hombre ignora, no existe para él. Por eso el universo de cada uno se resume al tamaño de su saber.”*
28. Las normas jurídicas han determinado roles en la sociedad y han reafirmado realidades. Señalo tres ejemplos. La consideración del “hombre” como concepto universal, que incluye a las mujeres y a toda existencia humana no masculina<sup>10</sup>; el permiso laboral de maternidad que privilegia el cuidado en los primeros meses de vida a la mujer;<sup>11</sup> la preferencia materna en la tenencia cuando no hay acuerdo entre la pareja, como en este caso.
29. Estas normas establecen realidades que urgen cambiar porque, al crear un efecto simbólico que afecta a las estructuras sociales, a la política y la cultura, termina

<sup>9</sup> Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Ramiro Avila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, *El género en el derecho. Ensayos críticos* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), página 192.

<sup>10</sup> Código Civil, artículo 20: *“Las palabras hombre, persona, niño, adulto, adolescente, anciano y otras semejantes, que en su sentido general se aplican a individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender a ambos sexos en las disposiciones de las leyes, a menos que, por la naturaleza de la disposición o el contexto, se limiten manifiestamente a uno solo. Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo, a menos que la ley las extienda a él expresamente.”* Otro ejemplo la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”. En contra de la posibilidad de que la declaración invisibilice y excluya a las mujeres Olympe de Gouges publicó la “Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana”.

<sup>11</sup> De acuerdo al artículo 152 del Código de Trabajo las mujeres trabajadoras tienen derecho a una licencia con remuneración de doce semanas por el nacimiento de su hija o hijo; el padre tiene derecho a licencia con remuneración por diez días por el nacimiento de su hija o hijo si es por parto normal, y cinco días más si es cesárea o en caso de nacimientos múltiples.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



fortaleciendo una visión esencialista del rol de la mujer y de lo femenino que atenta contra su derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación.

30. La noción de hombre como universal invisibiliza las diversidades y considera que la mujer es una excepción a la regla, es accesoria, y que debe subsumirse a lo que se considera “hombre”; el permiso de maternidad que privilegia el cuidado a la madre fortalece el rol de cuidadora de la mujer en desmedro del hombre quien tiene más limitaciones y quizá más justificaciones para no transitar al mundo del cuidado; la preferencia materna, de igual modo, fortalece la idea de que la mujer tiene atributos naturales para el cuidado por sobre el hombre.
31. La apuesta de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma es que la realidad cambie para mejorar la vida tanto para los hijos e hijas, padres y madres.
32. El hecho de que, en pleno siglo XXI, la mujer siga ejerciendo un rol abrumador de cuidado comparado con el hombre –92% según aparece en la sentencia<sup>12</sup>- podría significar que el efecto simbólico de la norma que establece la preferencia materna es el fortalecimiento de la realidad patriarcal y el mantenimiento del estado actual de las cosas.
33. Cambiar uno de los componentes, en este caso el formal normativo, es una apuesta necesaria, aunque no suficiente, para cambiar el símbolo y su significado: la madre no es naturalmente mejor cuidadora y el hombre podría ejercer el rol de cuidado.

**iv) Los riesgos y los efectos deseados de la declaratoria de inconstitucionalidad**

34. ¿Existen riesgos en la eliminación de la preferencia materna? Sin duda, como lo han advertido algunos *amici curiae*. Es posible que se utilice el cuidado como una forma para presionar a la madre para que acepte una pensión menor de alimentos; que el ámbito de la violencia se traslade a la batalla judicial como un nuevo espacio de disputa de la pareja; que la mujer tenga que asumir nuevos costos y asimétricos en su vida. Puede suceder, no niego. Pero también, si no hay cambios formales, existe el riesgo de fortalecer una especie de dualismo contencioso entre hombres y mujeres, y que se sigan perpetuando el rol de cuidadora de la mujer y de proveedor del hombre. O en otras palabras, la imposibilidad de la mujer de transitar hacia el ámbito público, y la incapacidad del hombre de asumir responsabilidades el mundo privado del cuidado.
35. Si los efectos, en términos sociales, acaban siendo perjudiciales para las mujeres, entonces podrían ser argumentos válidos para volver a revisar la norma. Mientras tanto, instituciones como el Consejo de Igualdad, la Defensoría del Pueblo, la Defensa Pública, deben estar alertas para prevenir y afrontar estas consecuencias indeseables.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia No 28-15-IN/21, párrafos 171 y 196.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



36. El temor o la amenaza de no estar cerca y cotidianamente con los hijos e hijas, cuando ambos, padre y madre, han ejercido el rol de cuidado, es doloroso. Cuando solo lo ha ejercido la madre en la vida cotidiana, de acuerdo con las directrices expuestas en la sentencia, sin duda tendrán como resultado el otorgamiento de la tenencia.<sup>13</sup>
37. Si la declaratoria de inconstitucionalidad de la preferencia materna tiene como efecto que más hombres ejerzan rol de cuidado y más mujeres tengan autonomía en la esfera pública, entonces tendrá mucho sentido transformador esta sentencia.
38. El mensaje es potente y esperanzador. Podría tener enormes ventajas tanto para mujeres como para hombres.
39. Desde el lado de las mujeres, si los hombres ejercemos más el rol de cuidado, tendrían más autonomía en la esfera pública o en el ejercicio de roles diferentes al cuidado; además que no tendrían esa terrible doble jornada laboral de tener que trabajar para subsistir y trabajar para cuidar.
40. Desde el lado de los hombres, y esta es una deuda enorme que tenemos los hombres, ejerceríamos más el rol de cuidado y disfrutaríamos de los efectos de la construcción de vínculos afectivos; al mismo tiempo que sabríamos lo difícil y sacrificado que es cuidar, y de este modo valoraríamos más esta esfera social que ha sido tan importante en la preservación de la vida cotidiana, y que ha sido históricamente marginada y subvalorada.
41. La norma impugnada, insisto por los datos que arroja la realidad, fortalece el patriarcado y la división de roles. La declaratoria de inconstitucionalidad podría tener el efecto contrario. Conservar la norma significa mantener el *statu quo*; declararla inconstitucional ofrece la posibilidad de transformación.
42. La sola posibilidad de padres que manifiestan su intención de cuidar, me parece que podría significar una renovada y diferente masculinidad.
- v) **El rol de cuidado no es dado, se aprende**
43. El rol de cuidado se aprende. No viene dado. Hombres y mujeres pueden hacerlo de forma adecuada y promoviendo los derechos de los niños y niñas. No por el hecho de que la mujer ha cargado históricamente el peso del cuidado, significa que tienen dones especiales. Así como tampoco por el hecho de históricamente no haber ejercido roles de cuidado, significa que los hombres no pueden aprender a hacerlo. También cabe la posibilidad de que muchas madres posiblemente están ejerciendo el rol de cuidado sin que sea su voluntad y por tanto sin realizarse como persona.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia No 28-15-IN/21, párrafo 249 v.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



44. Una película que como fiel reflejo de la realidad puede mostrar y ejemplificar la posibilidad de aprender el rol de cuidador por parte de hombres y también lo agobiante que puede ser ejercer el rol tradicional de madre es *Kramer vs. Kramer*, dirigida por Robert Benton (1979). La trama refleja el drama de la separación de Joanna (Meryl Streep) y Ted (Dustin Hoffman). Después de cinco años de matrimonio, Joanna siente y expresa que “*nos fuimos aislando nos fuimos alejando. Estaba muy inmerso en su trabajo. Y su actitud hacia mis temores y su incapacidad para afrontar mis emociones casi anulaban mi autoestima... Toda mi vida me he sentido esposa, madre o hija de alguien. Ni cuando estábamos juntos sabía quién era.*” Ted, en cambio, es ajeno al hogar porque se pasa trabajando todo el día. Es decir, la historia de una mujer sola ejerciendo irremediamente su rol de madre y de un macho proveedor. Joanna un día decide abandonar el hogar y dejar a Ted el cuidado de su hijo, Billy. Ella dice: “*No me lo llevo. No soy buena para él. Soy mala con él. No tengo paciencia. Está mejor sin mí.*” De pronto, Ted comienza a darse cuenta lo difícil que es ejercer el cuidado: cocinar, lavar, pagar cuentas, atender necesidades del hijo, dejar en la escuela, salir del trabajo cuando su hijo tiene un accidente en la escuela, jugar, leer cuentos, hablar, atender al enfermo, tener paciencia. Al principio es duro y en una ocasión Billy dice que le odia y que quiere estar con su madre. Ted ya no puede trabajar el 110% de su tiempo, 7 días, las 24 horas del día. Aprende a ejercer el rol de cuidador y deja de tener autonomía en su vida pública. Joanna, 15 meses después, vuelve para llevarse a su hijo. Hasta tanto él ya sabe cuidar y su hijo desarrolló vínculos con el padre. Siguieron juicio. Ted, en una de sus intervenciones en el juicio, reflexiona: “*¿Quién dice que la mujer es mejor madre sólo por ser mujer? He reflexionado sobre qué es un buen padre. Se trata de constancia, de paciencia, de escuchar o fingir que escuchas si no puedes. Se trata de amor... ¿Quién dice que la mujer tiene la exclusiva y que el hombre tiene menos emociones? Conmigo Billy tiene un hogar. No es perfecto. No soy perfecto. A veces no tengo paciencia y olvido que es un niño pequeño. Pero ahí estoy... Hemos construido una vida juntos y nos queremos.*” El juez resolvió dar la tenencia a la madre. Al final, llega la madre al departamento donde vivía el padre y su hijo y dice: “*Ya está en su casa. Le quiero mucho. No me lo llevaré conmigo.*”
45. Mujer abnegada, sacrificada, condenada al hogar, determinada por su papel tradicional, víctima del patriarcado, que siempre es mejor para ejercer su rol de cuidador y tiene siempre la razón en la crianza de los hijos e hijas, como parece sugerir la preferencia materna; o mujer autónoma, que ejerce poder, que no deja de lado las posibilidades, que emprende roles nuevos, que puede compartir el cuidado, que, como lo ha hecho desde que el feminismo irrumpió en la sociedad, puede ejercer retos en la esfera pública, como parece podría suceder si se declara la inconstitucionalidad de la preferencia materna.
46. Hombre relegado del cuidado, con autonomía total en el manejo de su tiempo, dedicado exclusivamente a la esfera pública y social, abandonador del hogar, sin la experiencia rutinaria y profunda que se construye en el ejercicio cotidiano del cuidado, como parece sugerir la norma de preferencia materna; o un hombre que entra a la esfera del cuidado, que puede compartirlo, al igual que, gracias al



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



movimiento feminista, ha compartido la vida productiva con mujeres, como podría suceder con la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma. Ambas son escenarios que se construyen socialmente. Tal vez el derecho no puede por sí solo cambiar estas realidades sociales, pero puede ayudar a su transformación.

47. Elisabeth Badinter sostiene que, en las primeras olas de la reivindicación feminista, la imagen de mujer era la que podían ejercer poder: votar, trabajar, decidir tener hijos, divorciarse por su voluntad, renegar de ser madre, ser autónoma (feminismo del empoderamiento): el un sexo **con** el otro. En la última ola, que la estamos viviendo por el uso excesivo del derecho penal, en cambio, la imagen es la de ser víctima del abuso y del acoso, de merecer protección y compasión, de volver a ser cuidada por el hombre o el sistema patriarcal (feminismo victimista): el un sexo **contra** el otro.<sup>14</sup> En el primero se lucha contra el estereotipo, en el segundo se fortalece el estereotipo. La inconstitucionalidad de la preferencia materna permite romper el estereotipo y empoderar a la mujer para el ejercicio de otros roles.
48. El hecho de que la sociedad patriarcal siga siendo una de las características fundamentales que explica la inequidad social, y que las mujeres en su mayoría ejerzan el rol de cuidado, significa que hombres y mujeres no estamos haciendo lo suficiente por combatirla y superarla.
49. Ojalá, en un plano de igualdad, las parejas que se separan opten por la coparentalidad, de tal forma que el ejercicio del cuidado de hijos e hijas sea absolutamente compartido, de tal forma que los hijos e hijas tengan la posibilidad de tener, en igualdad de condiciones, un padre y una madre en semejante proporción de tiempos y cuidados.
50. Ojalá, si no llegan a un acuerdo, juezas y jueces dispongan, como primera opción, la coparentalidad; y subsidiariamente la preferencia a la madre o al padre.
51. El hombre en la esfera privada compartiendo roles que tradicionalmente se le otorgó a la mujer, sería un gran golpe al patriarcado y una conquista en la lucha contra la discriminación y la determinación de roles por el género.
52. La Corte, con esta declaratoria de inconstitucionalidad, apuesta a promover que hombres y mujeres puedan tomar decisiones sin las limitaciones que impone el estereotipo de madre, el rol de cuidado fijado en la mujer y el prejuicio de que el hombre no sabe ni debe cuidar; y espera que se pueda alterar y transformar el rol femenino y masculino tradicional.

**vi) El interés superior del niño y el derecho a ser escuchado**

<sup>14</sup> Elisabeth Badinter, *Hombres/mujeres. Cómo salir del camino equivocado* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003), páginas 12-15.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



53. La sentencia, por otro lado, desarrolla dos argumentos que considero muy importantes. El uno es el del interés superior del niño y el otro el derecho a ser escuchado.
54. El problema de las disputas de la tenencia no es cuestión de determinar quién tiene derechos sobre los hijos o hijas, sino de determinar quién puede ejercer de mejor manera el rol de cuidado, en aras de promover el interés superior del niño o niña.
55. Quien tiene el derecho a ser cuidado por padre y madre son los hijos e hijas. Creer que la perspectiva para resolver el asunto es una cuestión de atributos de madre o padre, según la sentencia, es una perspectiva adultocéntrica.<sup>15</sup> La perspectiva para resolver el conflicto no es partir de los discursos o visiones de los adultos o adultas, sino desde los derechos de los niños y niñas.
56. El argumento de ser escuchado en todos los asuntos que le conciernan al niño o niña no es menor. Si la ley otorga preferencia a uno de los progenitores, se anula el derecho a ser escuchado. Es decir, el Estado ha tutelado de forma automática y sin considerar los hechos en las causas, a favor de una persona, prescindiendo del derecho a ser escuchado.
57. Un comentario final. Siempre he creído que el problema de la separación de padres y madres, que terminan afectando emocionalmente a los hijos e hijas, se debe a una mala o deficiente comunicación. No es fácil comunicarse de forma adecuada en una sociedad que promueve el aislamiento (por las redes sociales que absorben la poca atención que tenemos, entre muchas otras razones) y el individualismo. Mucho menos cuando una pareja ha decidido separarse. Normalmente una pareja que se comunica bien tiende a no separarse o, cuando lo hace, tiene mejores acuerdos que otras que no se comunican. Podrán existir buenas y justas sentencias, pero si los padres y madres no se comunican, “*los platos rotos*” los pagan los hijos e hijas. Naturalmente no existen buenos o malos padres y madres. Lo que existe es buenas o malas separaciones, vulneraciones a los derechos de los niños y niñas y conflictos que no terminan con un buen juicio de tenencia.

### Conclusión

58. En suma, voté a favor de la inconstitucionalidad porque considero que más posibilidades de transformar la realidad, en la que casi la exclusividad del cuidado está a cargo de las madres, se presentan cambiando la norma impugnada que manteniéndola.
59. El reto es tanto de hombres como de mujeres. El patriarcado no es un asunto solo de las mujeres o del feminismo. Una sociedad igualitaria y sin discriminación es un asunto de todos y todas. El patriarcado es un problema estructural y transversal a

<sup>15</sup> Corte Constitucional, sentencia No 28-15-IN/21, párrafo 205.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



afrontar y vencer. El patriarcado determina la forma en que viven y mueren hombres y mujeres. Todos y todas perdemos con el patriarcado.

60. La apuesta es para que los hombres cada vez más ejerzamos el rol de cuidado y las mujeres tengan más autonomía en sus vidas.

**RAMIRO FERNANDO AVILA SANTAMARIA** Firmado digitalmente por RAMIRO FERNANDO AVILA SANTAMARIA  
Fecha: 2021.12.10 10:35:34 -05'00'

Ramiro Avila Santamaría  
**JUEZ CONSTITUCIONAL**

**Razón.-** Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría, en la causa 28-15-IN, fue presentado en Secretaría General el 24 de noviembre de 2021, mediante correo electrónico a las 22:37 y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

AIDA SOLEDAD GARCIA BERNI Firmado digitalmente por AIDA SOLEDAD GARCIA BERNI  
Dra. Aída García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**SENTENCIA No. 28-15-IN/21**

**VOTO SALVADO**

**Juezas Constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez**

**I. Antecedentes**

1. El 1 de abril de 2015, Farith Simon Campaña, Daniela Salazar Marín, Andrea Muñoz Saritama y Adriana Orellana Ubidia (“accionantes”) presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia de 3 de enero de 2003, expedido por el Congreso Nacional. La causa fue signada con el No. 28-15-IN.

2. Una vez posesionados los actuales integrantes de la Corte Constitucional el 5 de febrero de 2019 y en vista que se encontraba pendiente de resolución, se llevó a cabo un sorteo de la causa, el 30 de julio de 2019, correspondiendo la sustanciación de esta al juez constitucional Enrique Herrería Bonnet. Habiendo avocado conocimiento de esta el 21 de julio de 2021, el juez ponente elevó al pleno del Organismo el proyecto de sentencia.

3. El 24 de noviembre de 2021, en el Pleno de la Corte Constitucional, la mayoría de las juezas y jueces constitucionales aprobaron la ponencia dictándose la sentencia No. 28-15-IN/21, en la que se aceptó la acción pública de inconstitucionalidad y se declaró la inconstitucionalidad por el fondo de las siguientes frases del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia: (i) “*la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre*” y (ii) “*se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija*”.

4. Por disentir de sus fundamentos, las Juezas Constitucionales Teresa Nuques Martínez y Carmen Corral Ponce emiten el presente voto salvado dentro del término establecido en el artículo 92 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”).

**II. Consideraciones previas**

5. Previo a emitir el presente voto salvado debe de tomarse, como consideración fundamental, el contexto actual en el que se encuentra la mujer ecuatoriana, en torno a los distintos contextos de violencia. De acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), a través la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género de noviembre del 2019, se observa que 32 de cada 100 mujeres han experimentado algún hecho de violencia en su contra. Que las niñas y las mujeres son objeto de distintos tipos de violencia a lo largo de su vida y en distintos ámbitos, entre



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



esos asociados con la posición que ocupan las mujeres en la matriz de dominación<sup>1</sup>. En ese sentido, la citada encuesta muestra que a lo largo de su vida 64,9% de mujeres ecuatorianas han experimentado algún tipo de violencia a lo largo de su vida; 56,9% han experimentado violencia psicológica; 35,4% violencia física; 32,7% violencia sexual y 16,4% violencia patrimonial o económica.

6. Desde los distintos ámbitos, 42,8 % de mujeres han experimentado algún tipo de violencia en el ámbito de pareja y 32,6% en el ámbito social. Por otro lado, respecto del ámbito laboral, 1 de cada 5 mujeres que trabajan, alguna vez experimentaron cierto tipo de violencia en sus trabajos, ya sea psicológica o sexual. En el ámbito social 24 de cada 100 mujeres han sufrido violencia sexual a lo largo de su vida. Ante ello, el INEC recalca que es fundamental señalar que la ocurrencia de estos hechos permanecerá inmóvil mientras los supuestos culturales sigan reproduciendo relaciones desiguales.

7. Por otro lado, en el ámbito familiar INEC reporta que los índices de violencia aparecen en menor medida debido a la falta de denuncia por parte de las mujeres que sufren este tipo de hechos en sus ambientes familiares, y que posiblemente dicho entorno familiar sea el que las obliga a no realizar denuncias de los distintos tipos de violencia. Adicionalmente, el INEC destaca que al adentrarse en las desagregaciones socio demográficas y geográficas de este indicador se puede recalcar que *“las mujeres que más han sufrido algún tipo de violencia en el ámbito familiar a lo largo de su vida son aquellas que se encuentran separadas, divorciadas o viudas”*<sup>2</sup>, al respecto, de la mentada encuesta se observa que la mayor prevalencia de violencia a lo largo de la vida, se hace presente en las mujeres separadas, divorciadas o viudas, con un 76,8% y también en aquellas que no cuentan con algún nivel educativo o asistieron a un centro de alfabetización en un 58,8%.

8. En ese sentido, se reportó que, las prevalencias más altas, se evidenciaron en las relaciones de pareja, y se enfatizó en que, el origen de la violencia en contra de mujeres parte de las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres, en este caso respecto de su pareja.

9. Se evidencia que, pese a que las cifras presentadas de violencia contra la mujer, en los distintos ámbitos, son extremadamente alarmantes, aquello muestra la dura realidad de la mujer ecuatoriana haciendo visible una deuda social que debe ser atendida de forma especial y concreta por parte del Estado, de forma que se arribe a la toma de decisiones y medidas que se ajusten a la atención de dicha realidad.

10. Tomando en consideración lo expuesto, exponemos las razones de nuestra disidencia, en los siguientes términos:

<sup>1</sup> Frías, S. M. (2014). Ámbitos y formas de violencia contra mujeres y niñas: Evidencias a partir de las encuestas. Acta Sociológica, 65, 11–36.

<sup>2</sup> Ibidem



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



### III. La disidencia: Análisis constitucional

#### a) Falta de argumentación de conexidad

11. Teniendo en cuenta el resumen de los antecedentes procesales expuestos en la sentencia de mayoría, en adelante “*la sentencia o voto de mayoría*”; y, en función de los argumentos vertidos en la demanda de acción pública de inconstitucionalidad, se observa que las normas cuya inconstitucionalidad se impugna, son las contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia (“CONA”), que prescriben:

*“Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 (actual 307) del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:*

*[...] 2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija; [...].*

*4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija; [...].<sup>3</sup>”*

12. Teniendo en cuenta dicho articulado, en la demanda de inconstitucionalidad se pretende que se declare la inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, sosteniendo que en dichas normas se dispone una preferencia arbitraria hacia la madre respecto del cuidado de los hijos, por considerar que “*aquella preferencia que realiza la ley respecto de la mujer se funda en una idea estereotipada de que esta es la más idónea para el cuidado de los hijos*”. En tal sentido, se señala que “*esta norma, (...) es injustificada, hace una distinción entre padre y madre (hombre y mujer) basándose en el sexo para la atribución de la patria potestad y tenencia.*”

13. Al respecto la jueza suscrita estima necesario precisar que, la norma cuya inconstitucionalidad se impugna es la contenida en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, que como se lee en el párrafo 11 *ut supra*, se refiere expresamente a la institución de la patria potestad, mas no a la tenencia. Por otro lado, la regulación especial de la tenencia se encuentra contemplada en el artículo 118 del CONA, que prescribe lo siguiente:

*“Art. 118.- Procedencia.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o*

<sup>3</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia. Registro Oficial N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículo 106.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



*más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior.”*

14. Ahora bien, pese a que la demanda de inconstitucionalidad gira entorno a un contenido normativo que regula la institución de la patria potestad, el desarrollo presentado en la sentencia de mayoría se refiere de forma expresa a las reglas de la tenencia que si bien hacen referencia de forma subsidiaria al artículo cuya constitucionalidad se impugna, en realidad se encuentran expresamente reguladas en otro articulado que no ha sido objeto de análisis y que los accionantes no han impugnado, esto es, el artículo 118 del CONA.

15. Aquella distinción no es superflua, pues de acuerdo al numeral 9 del artículo 76 de la LOGJCC<sup>4</sup>, si bien se pueden analizar normas conexas en atención a una presunción de unidad normativa, aquel análisis debe de responder una actividad argumentativa que permita evidenciar la incidencia de un contenido normativo concreto sobre otra norma. En el caso bajo análisis cobra especial relevancia el desempeño de dicha actividad argumentativa, pues la decisión del voto de mayoría se adoptó sin tomar en consideración el contenido normativo que regula expresamente la institución de la tenencia, en el artículo 118 del CONA. Aquello conllevó a la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA y a la fijación de reglas que regulan de forma directa la tenencia<sup>5</sup>, inobservando la regulación del legislador contenida en el artículo 118 del CONA.

16. En atención a lo manifestado, se evidencia que en el voto de mayoría se inobserva la regla contenida en el numeral 9 del artículo 76 de la LOGJCC, pues al resolver el caso no se explicitó la relación entre los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA (sobre la patria potestad) y el artículo 118 del mismo cuerpo normativo (sobre la tenencia). De ese modo, el voto de mayoría desconoce la necesidad de brindar un hilo argumentativo que permita evidenciar la conexión estrecha y esencial entre ambos contenidos normativos de forma armoniosa; y, al contrario, sin argumentación alguna sobre la configuración de unidad normativa entre dichas normas, bajo el análisis de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA -sobre la patria potestad-, concluyen con la modificación de las reglas de la tenencia, previstas en el artículo 118 del mismo cuerpo normativo.

<sup>4</sup> LOGJCC: “Art. 76.- Principios y reglas generales. - El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios:  
9. Configuración de la unidad normativa. - Se presume la existencia de unidad normativa en los siguientes casos:

a) Cuando la disposición acusada o su contenido se encuentran reproducidos en otros textos normativos no demandados;

b) Cuando no es posible producir un fallo sobre una disposición jurídica expresamente demandada, sin pronunciarse también sobre otra con la cual guarda una conexión estrecha y esencial; y,

c) Cuando la norma impugnada es consecuencia o causa directa de otras normas no impugnadas.”

<sup>5</sup> Párrafo 249 del voto de mayoría. “249. Todas las directrices expuestas en la presente decisión tienen un fin en común: establecer parámetros para la evaluación del interés superior de NNA, y que **éstos se utilicen para encargar la tenencia a la madre o al padre: (...)**”. [énfasis agregado]



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



17. En atención a las consideraciones expuestas, la decisión de mayoría, al resolver sobre un contenido normativo que no fue expresamente impugnado -artículo 118 del CONA- ni fue abordado en su análisis a partir de la aplicación de los principios y reglas de interpretación contempladas en la LOGJCC para extender el alcance del control constitucional hasta dicha norma, ha generado un conflicto normativo, al establecer reglas respecto del encargo de la tenencia cuando aún forma parte del ordenamiento jurídico el artículo 118 del CONA que presenta las reglas sobre el encargo de la tenencia de los hijos.

**b) Alcance del objeto de la sentencia No. 28-15-IN/21**

18. De la lectura del texto normativo impugnado se puede observar que los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA establecen que “ (...) 2.- *A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija (...)*”; y “4.- *Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija (...)*”.  
[énfasis agregado]

19. Por otro lado, la jueza suscrita observa que, a lo largo del desarrollo del voto de mayoría, se parte de una visión reduccionista de las reglas relativas al encargo de la patria potestad contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA y de la tenencia en los casos de separación y divorcio, enfocándose únicamente en la regla supletoria de preferencia materna de forma aislada sin contextualizar que, de la lectura integral del artículo 106 del CONA se prevé como regla general el acuerdo entre progenitores respecto al encargo de la patria potestad o la tenencia de los NNA. En razón de ello, el voto de mayoría, al desatender el contenido integral del artículo 106 del CONA, compromete el verdadero sentido y alcance de dicha norma.

20. En atención a lo expuesto, y a las reglas y principios de interpretación contenidas en el numeral 5 del artículo 3 de la LOGJCC<sup>6</sup>, no puede inobservarse el contexto normativo en el que la regla bajo análisis se encuentra insertada, pues, si bien la tenencia compartida no está expresamente contenida en el CONA, el numeral 1 del artículo 106 del cuerpo normativo referido señala que: “*Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija*”.

21. Del mismo modo, en el artículo 118 del CONA establece que “*cuando el Juez*

<sup>6</sup> LOGJCC: “Art. 3.- *Métodos y reglas de interpretación constitucional. - Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. (...)*

5. *Interpretación sistemática. - Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía*”.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



*estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106. También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso, anterior”.*

[énfasis agregado]

22. Las normas expuestas denotan de forma clara y expresa que para el encargo de la tenencia, como regla general o de primer nivel, debe de respetarse el acuerdo abordado por ambos progenitores, sin reconocer preferencia alguna hacia uno de ellos en particular. De ese modo se advierte que existe la posibilidad de arribar a fórmulas de acuerdo entre ambos progenitores conforme al artículo 106 en primer lugar y que esos acuerdos están sujetos a revisión judicial en atención al interés superior de los NNA. Así, contrario a lo afirmado por la sentencia de mayoría<sup>7</sup>, la regla de preferencia materna se aplica únicamente de forma subsidiaria. Por ello el análisis abordado en la sentencia objeto de este voto disidente, debió aplicarse al contenido integral de la norma del CONA sobre las reglas de la tenencia, mas no reducirse de forma injustificada al análisis de la regla supletoria de la preferencia materna.

**c) Inobservancia de factores de discriminación estructural**

23. De la lectura del acápite 6.2 de la sentencia objeto del presente voto disidente, se observa el análisis sobre si los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA son contrarios al derecho a la igualdad y no discriminación y al principio del interés superior de los niños, niñas o adolescentes (NNA). Para ello, se hace referencia, entre otras cosas: (i) a las figuras de “categorías sospechosas” y “categorías protegidas” contenidas en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución<sup>8</sup>; y, (ii) a los distintos niveles de escrutinio para determinar la vulneración del derecho a la igualdad, refiriéndose a uno débil o bajo cuando se atenta contra la igualdad formal, uno medio, cuando se diferencia a partir de categorías protegidas y otro reforzado o estricto, cuando la distinción se observa en categorías sospechosas.

24. Luego de enunciar dichos conceptos, la sentencia ofrece resolver si las normas impugnadas contrarían el derecho a la igualdad y no discriminación y el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, a través de la aplicación de un test que plantea un análisis compuesto para arribar al resultado de que la norma discrimina tanto a hombres, como a mujeres. Sobre ello es imperante realizar ciertas precisiones.

25. En primer lugar, la sentencia de mayoría no logra identificar adecuadamente el objeto constitucionalmente protegido por el artículo 106 del CONA, pues hacen referencia a una posible contradicción con el principio del interés superior del NNA, cuando aquello no esta en discusión pues siempre ha sido un principio rector en la

<sup>7</sup> Párrafo 135 del voto de mayoría.

<sup>8</sup> Párrafos 147 y siguientes del voto de mayoría.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



aplicación de cualquiera de las reglas contenidas en el artículo 106 del CONA.<sup>9</sup> En atención a ello, no se observa que la sentencia de mayoría aborde el derecho a la igualdad y no discriminación entre cónyuges o convivientes que podría ser el objetivo protegido de la norma bajo análisis.

26. Esta Corte, en reiteradas ocasiones, ha delimitado que deben analizarse tres elementos para verificar la configuración un trato discriminatorio: (i) *la comparabilidad*, es decir, tiene que existir dos sujetos de derechos, personas o grupos que están en igual o semejantes condiciones; (ii) la constatación sobre el trato diferenciado en *con base en una de las categorías* enunciadas ejemplificativamente en el numeral del artículo 11 CRE; y (iii) la *verificación del resultado* ocasionado por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos, y la diferencia discriminatoria cuando tiene como objeto o el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos<sup>10</sup>.

27. Si bien la sentencia de mayoría, introduce que “*se procederá a realizar un examen de la norma impugnada con base en [esos] tres elementos*”<sup>11</sup> y que “*la regla de la norma impugnada reconoce que existe una distinción entre mujeres y hombres, específicamente para encargar o no la tenencia*” de la lectura del análisis presentado en dicho pronunciamiento, no se evidencia que se haya podido superar el primer elemento del test de igualdad, esto es *la comparabilidad*. En ese sentido, para la verificación del elemento de comparabilidad debe de cuestionarse los sujetos de la distinción, siendo estos la madre y el padre del NNA, y si estos se encuentran o no en igual o semejantes condiciones. En atención a aquello, tampoco se evidencia que el voto de mayoría haya podido superar las confusiones respecto a las distinciones entre las categorías sospechosas o protegidas sexo-mujer o madre y sexo-hombre o padre.

28. En cuanto a la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges, el Comité DHONU, en la Observación General n.º 19, indicó que: “*Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y*

<sup>9</sup> CONA: “*Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.*

*Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.*

*El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.”*

<sup>10</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 7-14-IN/21. Párr. 65 y ss.; sentencia No. 11-18-CN/19; sentencia No. 50-10-IN/20 y acumulado

<sup>11</sup> Párrafo 155 del voto de mayoría.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



*la administración de los haberes. Esta igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio*<sup>12</sup>. En el mismo sentido, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que hombres y mujeres tienen igual derecho para contraer matrimonio y elegir cónyuge, así como los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y en caso de disolución de este<sup>13</sup>. Con base en lo expuesto, se evidencia que, debido a que la norma impugnada reconoce la posibilidad de arribar a fórmulas de acuerdo entre ambos progenitores como regla general, la misma observa los principios de igualdad desarrollados por los organismos internacionales.

**29.** No obstante, en atención a los altos índices de violencia de distintos tipos y en distintos ámbitos contra la mujer ecuatoriana -que se evidencian en el acápite anterior- se observa que los mismos las colocan en una situación de desventaja y desprotección frente al hombre como el otro sujeto comparado, que incluso en la mayoría de los casos, de acuerdo al reporte del INEC, ejerce una relación de poder desproporcionada y es el causante de las situaciones de violencia contra la mujer.

**30.** Al respecto, este Organismo se ha referido a la “discriminación estructural” como aquella “*configuración sistemática que provoca la subordinación o explotación de cierto grupo de personas por parte de otro, con base en factores históricos, sociales o económicos*”<sup>14</sup>.

**31.** En tal sentido, se ha afirmado que la discriminación estructural se vale de factores ideológicos y políticos para materializar la subordinación o explotación que persigue. “*Para esto se vale de un discurso estandarizado de “deber ser”, mediante el cual se promueve la superioridad de un grupo específico de la sociedad, empleando categorías no justificadas (sospechosas) como la raza, la religión, el sexo o la nacionalidad del grupo que se reputa inferior. Ya la vez, se emplea instancias públicas y factores reales de poder para materializar de iure o de facto dicha subordinación*”<sup>15</sup>.

**32.** Respecto de la regla supletoria *in examine*, existen fuertes indicios para considerar que los escenarios de violencia contra la mujer y su consecuente situación discriminatoria pueden migrar al contexto de un proceso judicial, en el cual se hará presente y evidente su situación de desventaja en calidad de madre frente al padre del NNA, ya que, en caso de no contar con un acuerdo con el otro progenitor -como regla de primer nivel-, no se encontraría en igualdad de condiciones, entre otras económicas, al momento de enfrentarse en la contienda judicial por la tenencia del NNA. Así por ejemplo, teniendo en consideración que de cada 100 horas de trabajo no remunerado,

<sup>12</sup> Comité DHONU. Observación General n.º 19., párr. 8.

<sup>13</sup> CEDAW, artículo 16. Disposiciones similares están contenidas en los artículos 4, 5, y 6 de la Convención de Belém Do Pará.

<sup>14</sup> Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia No. 983-18-JP/21. Párr. 215

<sup>15</sup> Ibidem.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



77 son realizadas por mujeres<sup>16</sup>, aquello evidencia un alto índice de dependencia económica, así, si bien la madre podría contar con la asistencia legal gratuita de la defensoría pública para participar en contienda legal contra el padre del NNA<sup>17</sup>, en caso de no obtener la tenencia del NNA, la madre vería restringido su derecho a las visitas al no contar con un trabajo o educación que le permita generar ingresos, considerando que, en muchos casos, la causas de dicha situación económica se genera a partir de entornos de violencia, subordinación y anulación por el solo hecho de ser mujer.

**33.** Por otro lado, se encuentra también a la violencia vicaria de género cuya aproximación ha sido abordada por la Corte IDH, estableciendo que: “...la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar “no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades” y que estas situaciones de violencia están fundadas “en una cultura de violencia y discriminación basada en el género”<sup>18</sup>. Este tipo de violencia tiene una incidencia especial en los derechos NNA, pues parte del uso de los hijos como instrumento para causar daño a la madre “en los últimos años, hemos escuchado sucesos de agresores que acaban con la vida de los hijos e hijas de su pareja o expareja, a veces incluso cuando son descendientes propios de ese agresor. La razón de que estos hechos constituyan una modalidad de violencia de género, es que el fin último que pretende el sujeto activo de estos ilícitos penales no es otro que causar el mayor daño posible a la madre de estos niños y niñas”<sup>19</sup>. Así se observa que las consecuencias de la violencia de género se extienden hasta los hijos.

**34.** Sobre lo señalado, se observa que la sentencia de mayoría obvió tomar en cuenta las consideraciones expuestas al momento de verificar la comparabilidad de los sujetos diferenciados en la norma examinada. Dicha inobservancia implicaría sobreentender que el hombre y la mujer son sujetos comparables en igualdad o semejantes condiciones, cuando las estadísticas nos muestran que aquello no puede estar más alejado de la realidad social que atraviesa el Ecuador en cuanto a violencia de género. Así, en vista de la discriminación estructural que se ve configurada por los distintos factores de discriminación hacia la mujer y la evidente situación de desigualdad entre los sujetos diferenciados por la regla supletoria *in examine*, el test de igualdad estricto propuesto en la sentencia de mayoría no superó el análisis del primer elemento de comparabilidad, y, por tanto, no debió prosperar y en atención a aquello, no se puede concluir que es discriminatoria.

<sup>16</sup> INEC. (2020). Periodo 2016-2017. Cuentas Satélite del trabajo no remunerado de los hogares. Véase: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/las-mujeres-sostienen-el-trabajo-domestico-y-de-cuidado-en-los-hogares-ecuatorianos/>

<sup>17</sup> Párrafo 251 del voto de mayoría.

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010.

<sup>19</sup> Yugueros García, A. J. (2016). La protección de los menores víctimas de violencia de género en España. Aposta, Revista de Ciencias Sociales. 70 (Julio, Agosto y Septiembre), pp. 38-52. Recuperado de: <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/yugueros1.pdf>



## ECUADOR

## SENTENCIA CASO 28-15-IN

## Jurisprudencia



35. Adicionalmente, se debe enfatizar en que, el voto de mayoría señala que *“la Corte observa que, la norma impugnada encarga de forma preferente la tenencia de NNA a la madre (mujer) por el simple hecho de serlo”* lo que implica ver a la norma *in examine* como absoluta o categórica, cuando, como se ha expuesto, se desprende de la simple lectura de dicho texto normativo que en primer lugar prevalece el acuerdo de los padres y prima el interés superior del niño, y en último lugar, la norma establece como regla supletoria que se confiará a la madre la tenencia o la patria potestad.

**d) Principio del interés superior del niño**

36. La sentencia de mayoría fija entre una de las consideraciones que fundamentan la decisión de declarar inconstitucional los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA que *“el encargo de la tenencia no puede estar subordinada a un criterio único, como el sexo de los progenitores, menos aún en detrimento de la protección del interés superior de NNA. Al contrario, se debe evaluar caso por caso cuál sería la mejor opción para NNA”*<sup>20</sup>.

37. En atención a lo expuesto en los párrafos que anteceden, la regla normativa bajo análisis es de carácter subsidiaria, por lo que mal podría considerarse como un “criterio único”. Al contrario, dicha aseveración implica inobservar que: (i) las reglas normativas *in examine*, establecen de forma expresa que, debe atenderse el intereses superior del NNA, ya sea a través del acuerdo entre progenitores o en la aplicación de la regla supletoria respecto del encargo a la madre, es decir, la norma impugnada reconoce dentro de su contenido al interés superior del NNA en la regla de preferencia materna; y, (ii) que este Organismo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones - generando jurisprudencia vinculante, que debe ser atendida y aplicada de forma obligatoria por todas las autoridades judiciales que conforman el sistema judicial- señalando que *“de conformidad con los estándares constitucionales e internacionales de protección de derechos humanos, la evaluación del [interés superior de los NNA] y el grado de vulnerabilidad de las NNA, deberán ser valorados de forma individual y concreta en cada caso que involucre una posible afectación de sus derechos, con especial atención en las condiciones de vulnerabilidad particulares de cada NNA, esto con base en que cada niño es un “mundo” y por lo tanto cada situación y decisión que se tome, debe hacerse con base en ese “mundo” específico.”*<sup>21</sup>

[énfasis agregado]

38. Así, al conjugar ambas consideraciones, se observa que la norma impugnada no deviene en contraria al principio del interés superior de los NNA. Este último al ser un principio que irradia todos los procesos que decidan sobre los derechos de los NNA se observa expresamente invocado en la regla de la norma impugnada e impone la obligación de observarlo y aplicarlo a las autoridades jurisdiccionales que integran el sistema judicial, por lo que, mal podría considerarse contradictorio.

<sup>20</sup> Párrafo 206 del voto de mayoría.

<sup>21</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 983-17-JP/21. Párr. 63



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



39. En mérito de las razones expuestas en el presente voto disidente; y, en atención a los principios y reglas generales del control abstracto de constitucionalidad contenidas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 de la LOGJCC<sup>22</sup>, las juezas suscritas observan que los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA no presentan regulación que vulnere el derecho a la igualdad o la prohibición de discriminación, al contrario, atienden a la realidad social en cuanto a la situación de las madres en ámbitos de violencia de género, por lo que no se observa la configuración de inconstitucionalidad de fondo respecto de las disposiciones normativas alegadas por los accionantes.

**e) Acción afirmativa para las madres y sus hijos**

40. La Constitución establece una regulación específica cuando el hogar se encuentra disgregado y la madre o padre han asumido como jefa o jefe de familia, así el artículo 69 número 4 señala: “Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa”.

41. En nuestra realidad son las madres y sus hijos los que en mayor magnitud han atravesado episodios de violencia intrafamiliar y de género, reflejadas en las altas cifras y datos de violencia contra la mujer y la familia en nuestro país<sup>23</sup>.

42. Esto implica que, si con mayor proporción se encuentran al frente del hogar las madres jefas de familia, son merecedoras junto a sus hijos de una medida de acción afirmativa según el artículo 11, número 2 inciso final de la Constitución.

<sup>22</sup> LOGJCC: “Art. 76.- Principios y reglas generales. - El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios: (...) 2. Presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas. - **Se presume la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas.**

3. In dubio pro legislatore. - En caso de duda sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica, se optará por no declarar la inconstitucionalidad.

4. Permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico. - El examen de constitucionalidad **debe estar orientado a permitir la permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico.**

5. Interpretación conforme. - Cuando exista una interpretación de la disposición jurídica que sea compatible con las normas constitucionales, no se declarará la inconstitucionalidad y en su lugar se fijará la interpretación obligatoria compatible con aquella. De igual modo, cuando una parte de una disposición jurídica la torne en su integridad inconstitucional, no se declarará la inconstitucionalidad de toda ella, sino que se invalidará la parte inconstitucional y dejará vigente la disposición así reformada.

6. Declaratoria de inconstitucionalidad **como último recurso.** - Se declarará la inconstitucionalidad de las disposiciones jurídicas cuando exista una contradicción normativa, y por vía interpretativa no sea posible la adecuación al ordenamiento constitucional.”

<sup>23</sup> En Ecuador las mujeres que han sufrido algún tipo de violencia de género son 6 de cada 10 (INEC, 2011). En casos de separación, el 68% de los padres abandonan el hogar, siendo las madres víctimas de violencia de género, pues el 85% de mujeres separadas con la custodia de sus hijos han experimentado violencia de género (INEC, 2011). De 4,3 millones de hogares a escala nacional, 1,1 millones de hogares tienen a la madre como jefa de familia; son cerca de 400 mil madres solteras que se han hecho cargo de sus hijos, esto implica que el 26.4% de hogares ecuatorianos son liderados por la madre, asumiendo un 35% un trabajo por cuenta propia (INEC, 2014).



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



43. En este contexto el número 1 del artículo 106 del CONA determina que se respetará “lo que acuerden los progenitores”. El número 2 del artículo 106 del mismo Código establece que “a falta de acuerdo”, el cuidado de los hijos de hasta 12 años de edad se confiará a la madre, salvo que resultare inconveniente. El número 4 del artículo 106 del mismo cuerpo normativo indica que si ambos progenitores “demuestran iguales condiciones” se preferirá a la madre, siempre que no sea contraproducente.

44. Los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, reflejan entonces la aplicación de medidas de acción afirmativa a favor de la niñez y adolescencia, así como de las madres, jefas de familia y reflejan la protección prioritaria y reforzada para el niño, en función de su desarrollo integral e interés superior.

45. En este punto se debe enfatizar que la asignación para la madre tampoco es automática, se analiza en conjunto y de conformidad con el interés superior de los hijos, a quienes se debe asegurar que su opinión sea considerada en la decisión, como establece el primer y último inciso del artículo 106 del CONA. La Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 85-16-SEP-CC de 16 de marzo de 2016, convalidó la constitucionalidad del artículo 106 del CONA al indicar: *“Los mandatos normativos constitucionales establecidos en los artículos 44, 45 y 46 de la Constitución de la República y que hacen relación a la responsabilidad asumida por el Estado, la sociedad y la familia para el pleno ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes protección y desarrollo integral, los mecanismos para el aseguramiento del ejercicio de sus derechos, así como la prevalencia del principio del interés superior del niño... encuentran desarrollo en las normas infraconstitucionales dispuestas en los artículos 106 y 116 del Código de la Niñez y Adolescencia”* (página 13)<sup>24</sup>.

46. En este sentido la alegación de la corresponsabilidad parental no puede afectar la calidad y derechos de estos grupos vulnerables como son los niños, niñas y adolescentes, así como las mujeres embarazadas, madres, jefas de familia y víctimas de violencia, que se encuentran íntimamente vinculados, lo que es evidente en caso de separación de la pareja, ya que los hijos quedan al cuidado y protección de sus madres.

47. Esta es la esencia y naturaleza de las reglas contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 106 del CONA, ya que a falta de acuerdo entre los progenitores se establece una prioridad para que los hijos menores de 12 años de edad permanezcan con su madre (número 2) ; y, si posteriormente los progenitores se encuentran en la misma circunstancia de asumir el cuidado, se prefiere a la madre (número 4), ya que hasta los 12 años los hijos han permanecido junto a ella y cambiar esta situación podría resultar traumática. Estas reglas no son absolutas, ya que si se demuestra la inconveniencia de

<sup>24</sup> En adición en la Sentencia No. 150-16-SEP-CC de 04 de mayo de 2016 consideró que en aplicación de las reglas legales, se respeta la opinión del hijo de vivir con su madre (páginas 15 a 17); y, en la Sentencia No. 288-16-SEP-CC de 07 de septiembre de 2016 indicó que conforme a la opinión de los hijos, uno permanecerá al cuidado del padre, mientras que el otro, se quedará con la madre (páginas 4 y 13).



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



la asignación a la madre se la podrá asignar al padre o a un tutor; y, siempre se contará con la opinión de los hijos.

48. Por lo tanto, las reglas del artículo 106 números 2 y 4 del CONA cuentan con apego constitucional, ya que los niños, niñas y adolescentes, así como sus madres, jefas de familia que los cuidan, son destinatarios de medidas de acción afirmativa constitucionales (artículo 11 número 2 inciso final de la Carta Constitucional), como grupos de atención prioritaria (artículo 35 de la Constitución). Es así que la protección de la mujer embarazada y de la atención especial de su hijo, se enfatiza cuando se encuentran en situación de riesgo (artículo 35 de la Carta Constitucional), en especial cuando han experimentado violencia de género e intrafamiliar (artículo 66 número 3 de la Constitución); y, cuando les ha correspondido asumir como madres y jefas de familia (artículo 69 número 4 de la Carta Constitucional)<sup>25</sup>.

49. En definitiva, la decisión de la sentencia de mayoría no tomó en cuenta los casos de violencia contra la mujer y la familia, ni resolvió en función de las medidas de acción afirmativa de las madres y sus hijos.

#### IV. Decisión

50. En mérito de lo expuesto, formulamos el presente voto salvado, en los siguientes términos:

- a. Desestimar la acción pública de inconstitucionalidad por el fondo de los numerales 2 y 4 del artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.
- b. Notificar esta decisión y archivar la causa.

CARMEN  
FAVIOLA  
CORRAL PONCE  
Firmado digitalmente  
por CARMEN FAVIOLA  
CORRAL PONCE  
Fecha: 2021.12.10  
11:02:49 -05'00'

Dra. Carmen Corral Ponce  
**JUEZA CONSTITUCIONAL**

HILDA TERESA  
NUQUES  
MARTINEZ  
Firmado  
digitalmente por  
HILDA TERESA  
NUQUES MARTINEZ  
Fecha: 2021.12.10  
11:10:56 -05'00'

Dra. Teresa Nuques Martínez  
**JUEZA CONSTITUCIONAL**

<sup>25</sup> En adición, la Ley Orgánica para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (R.O.S. 175 de 05 de febrero de 2018) enfatiza los casos de las mujeres se encuentran en riesgo y vulnerabilidad, al estar expuestas ellas y los miembros de la familia a una violencia que se debe proscribir (artículos 1, 4 y 9) ; para lo cual se contemplan medidas de acción afirmativa a su favor y de sus familias (artículo 44 número 8).



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 28-15-IN  
Jurisprudencia



**Razón.-** Siento por tal que el voto salvado de las Juezas Constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez, en la causa 28-15-IN, fue presentado en Secretaría General el 08 de diciembre de 2021, mediante correo electrónico a las 16:37 y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Firmado  
digitalmente  
por AIDA  
GARCIA BERNI SOLEDAD  
GARCIA BERNI

Dra. Aída García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**



**ECUADOR**  
CASO 4-19-EP  
Fallos Remitidos

## FALLO REMITIDO

<b>País</b>	Ecuador
<b>Tribunal</b>	Corte Constitucional del Ecuador
<b>Materia</b>	Penal
<b>Intervino la defensa pública oficial</b>	N/A
<b>Datos del defensor/a público</b>	N/A
<b>Derechos involucrados</b>	Se vulneró el derecho de la parte accionante al debido proceso en las garantías de no ser privada del derecho a la defensa, contar con el tiempo y medios adecuados para su preparación, ser escuchada en igualdad de condiciones y contar con una o un profesional del derecho particular o público.
<b>Breve relacion de los hechos</b>	<p>El 3 de abril de 2017, ante el juez de la Unidad Judicial 2 de Garantías Penales de Cañar (en adelante “juez de garantías penales”) se llevó a cabo la audiencia de formulación de cargos por el presunto cometimiento del delito de estafa, tipificado en el inciso primero del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal (“COIP”) en contra de Gloria Alexandra Balla Apugllón.</p> <p>Tras la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, celebrada los días 7 y 15 de agosto de 2017, el juez de garantías penales emitió auto de llamamiento a juicio en contra de la procesada por el presunto cometimiento del delito de estafa. El auto de llamamiento a juicio se redujo a escrito y notificó el 22 de agosto de 2017.</p> <p>El 29 de septiembre de 2017, el Tribunal Segundo de lo Penal de Cañar (en adelante “el tribunal de juicio”) dictó sentencia condenatoria contra Gloria Alexandra Balla Apugllón en calidad de autora del delito de estafa, tipificado y sancionado en el artículo 186 inciso primero del COIP. El tribunal impuso una pena privativa de la libertad de 5 años.</p> <p>Gloria Alexandra Balla Apugllón presentó recurso de apelación y el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar (en adelante “el tribunal de apelación”) convocó a las partes a la audiencia de fundamentación del recurso a celebrarse el día 07 de noviembre de 2017 a las 08h30. Una vez concluida la audiencia, el tribunal de apelación desechó el recurso de apelación y la sentencia por escrito fue emitida y notificada el 09 de noviembre de 2017. Gloria Alexandra Balla Apugllón solicitó ampliación y aclaración de la sentencia, pedido que fue rechazado por improcedente mediante auto de 21 de noviembre de 2017.</p>



**ECUADOR**  
CASO 4-19-EP  
Fallos Remitidos

Gloria Alexandra Balla Apugllón interpuso recurso de casación, el cual fue admitido a trámite mediante auto de 23 de mayo de 2018 por el tribunal de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (el tribunal de casación).

Una vez concluida la audiencia de fundamentación del recurso llevada a cabo el lunes 09 de julio de 2018, éste fue declarado improcedente por el tribunal de casación. La sentencia fue emitida y notificada por escrito el 03 de octubre de 2018.

El 10 de octubre de 2018, Gloria Alexandra Balla Apugllón (en adelante “la accionante”) presentó acción extraordinaria de protección en contra de: (i) la sentencia de 09 de noviembre de 2017 que resolvió el recurso de apelación y (ii) la sentencia de 03 de octubre de 2018 que resolvió el recurso de casación.

**Fundamentos de derecho** Corte Constitucional

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra

**Contexto social y económico del caso** El caso se desarrolla en una provincia de la sierra ecuatoriana (Cañar), respecto de un caso en el ámbito penal por el delito de estafa.

**Instancia procesal en la que se emite la sentencia** Corte Constitucional del Ecuador



**ECUADOR**  
CASO 4-19-EP  
Fallos Remitidos

**Instrumento y/o criterio internacional invocado**

N/A

**Medidas de reparación integral adoptadas**

Dejar sin efecto la sentencia dictada por Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar el 09 de noviembre de 2017 dentro del proceso No. 03282-2017-00101.

Retrotraer el proceso hasta el momento anterior a la vulneración de derechos constitucionales, es decir, a la limitación temporal para la preparación de la defensa por parte del defensor público. En consecuencia, también queda sin efecto la sentencia de casación emitida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

Disponer que, previo sorteo, otro tribunal de apelación convoque a la mayor brevedad posible a la audiencia de fundamentación del recurso de apelación correspondiente, sustancie el recurso respetando los derechos de todos los sujetos procesales y dicte la decisión judicial que corresponda.

Ordenar al Consejo de la Judicatura que dentro del término de 10 días contados desde la notificación de la presente sentencia:

1. Publique el texto íntegro de esta sentencia en el banner principal de su sitio web institucional por 3 meses consecutivos de forma ininterrumpida.
2. Difunda esta sentencia a través de sus cuentas oficiales en redes sociales por 3 meses consecutivos con 2 publicaciones por semana.
3. Envíe el texto íntegro de la presente sentencia a todos los órganos judiciales con competencia en materia penal, así como a los funcionarios de la Defensoría Pública, a través del correo electrónico institucional.
4. Para justificar el cumplimiento integral de las presentes medidas, el Consejo de la Judicatura deberá remitir a esta Corte: (i) dentro del término de 10 días contados desde la notificación de la presente sentencia la constancia de la publicación de la sentencia en el banner principal del sitio web de la institución, así como de la difusión a través de las redes sociales y el correo electrónico institucional; y, (ii) dentro del término de 10 días contados desde el cumplimiento del plazo de 3 meses, un informe en el que se detalle el registro de actividades (historial log) respecto de las publicaciones en redes sociales y de la publicación del banner, en el que se advierta que efectivamente la entidad obligada publicó y difundió la sentencia conforme lo ordenado.

Llamar la atención a los jueces del tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar, Sandra Catalina Maldonado López



**ECUADOR**  
CASO 4-19-EP  
Fallos Remitidos

(ponente), Galo Aníbal Correa Molina y Víctor Enrique Zamora Astudillo, por la vulneración al derecho al debido proceso de Gloria Alexandra Balla Apugllón.

**Fallo** En mérito de lo expuesto, esta Corte resuelve:

1. Aceptar la acción extraordinaria de protección No. 4-19-EP.
2. Declarar que el tribunal de apelación vulneró el derecho al debido proceso de Gloria Alexandra Balla Apugllón, en las garantías de: no ser privada del derecho a la defensa, de contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, de ser escuchada en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, de ser asistida por una o un profesional del derecho particular o público y de presentar argumentos y pruebas y contradecir los de la contraparte.

**Votación por la que fue adoptada**

**Mayoritario: votos de los jueces:**

Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín, Hernán Salgado Pesantes

**Ausente**

Carmen Corral Ponce

**Otros datos de interés**

[http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidYzFhOTNhYS05M-TE0LTQ0OTAtYWNhOS1kNjVINjE0NzYzYjLucGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidYzFhOTNhYS05M-TE0LTQ0OTAtYWNhOS1kNjVINjE0NzYzYjLucGRmJ30=)



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 4-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 4-19-EP/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

Quito, D.M. 21 de julio de 2021

**CASO No. 4-19-EP**

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,  
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y  
LEGALES, EMITE LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA No. 4-19-EP /21**

**Tema:** La Corte Constitucional analiza la acción extraordinaria de protección presentada en contra de las sentencias de apelación y casación dentro de un proceso penal. Tras el análisis correspondiente, la Corte encuentra que el tribunal de apelación vulneró el derecho al debido proceso de la accionante en las garantías reconocidas en el artículo 76 numeral 7 literales a), b), c), g) y h) de la Constitución, al conceder únicamente diez minutos para la preparación de la defensa por parte del defensor público asignado al momento de instalarse la audiencia de fundamentación del recurso de apelación. Por otro lado, la Corte descarta la alegada vulneración al derecho al debido proceso en la garantía de motivación por parte del tribunal de casación relacionada con una supuesta incongruencia argumentativa.

**1. Antecedentes y procedimiento**

**1.1. Antecedentes procesales**

1. El 3 de abril de 2017, ante el juez de la Unidad Judicial 2 de Garantías Penales de Cañar (en adelante “juez de garantías penales”) se llevó a cabo la audiencia de formulación de cargos por el presunto cometimiento del delito de estafa, tipificado en el inciso primero del artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal<sup>1</sup> (“COIP”) en contra de Gloria Alexandra Balla Apuglón<sup>2</sup>.
2. Tras la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, celebrada los días 7 y 15 de agosto de 2017, el juez de garantías penales emitió auto de llamamiento a juicio en contra de la procesada por el presunto cometimiento del delito de estafa<sup>3</sup>. El auto de llamamiento a juicio se redujo a escrito y notificó el 22 de agosto de 2017.

<sup>1</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014. Artículo 186.- *Estafa.- La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induce a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.*

<sup>2</sup> La causa se identificó con el No. 03282-2017-00101. Al concluir dicha diligencia, el juez dispuso el inicio de la instrucción fiscal y dictó las medidas cautelares de prohibición de salida del país, presentación periódica y prohibición de enajenar bienes.

<sup>3</sup> Además, el juez ratificó las medidas cautelares impuestas en la formulación de cargos.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 4-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 4-19-EP/21**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

3. El 29 de septiembre de 2017, el Tribunal Segundo de lo Penal de Cañar (en adelante “el tribunal de juicio”) dictó sentencia condenatoria contra Gloria Alexandra Balla Apugllón en calidad de autora del delito de estafa, tipificado y sancionado en el artículo 186 inciso primero del COIP. El tribunal impuso una pena privativa de la libertad de 5 años.
4. Gloria Alexandra Balla Apugllón presentó recurso de apelación y el tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar (en adelante “el tribunal de apelación”) convocó a las partes a la audiencia de fundamentación del recurso a celebrarse el día 07 de noviembre de 2017 a las 08h30. Una vez concluida la audiencia, el tribunal de apelación desechó el recurso de apelación y la sentencia por escrito fue emitida y notificada el 09 de noviembre de 2017. Gloria Alexandra Balla Apugllón solicitó ampliación y aclaración de la sentencia, pedido que fue rechazado por improcedente mediante auto de 21 de noviembre de 2017.
5. Gloria Alexandra Balla Apugllón interpuso recurso de casación, el cual fue admitido a trámite mediante auto de 23 de mayo de 2018 por el tribunal de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (el tribunal de casación).
6. Una vez concluida la audiencia de fundamentación del recurso llevada a cabo el lunes 09 de julio de 2018, éste fue declarado improcedente por el tribunal de casación. La sentencia fue emitida y notificada por escrito el 03 de octubre de 2018.
7. El 10 de octubre de 2018, Gloria Alexandra Balla Apugllón (en adelante “la accionante”) presentó acción extraordinaria de protección en contra de: (i) la sentencia de 09 de noviembre de 2017 que resolvió el recurso de apelación y (ii) la sentencia de 03 de octubre de 2018 que resolvió el recurso de casación.

### 1.2. Procedimiento ante la Corte Constitucional

8. Mediante auto de 13 de junio de 2019, la Sala de Admisión<sup>4</sup> de la Corte Constitucional admitió a trámite la demanda No. 4-19-EP.
9. El 7 de junio de 2021, la jueza sustanciadora solicitó al Pleno de la Corte Constitucional que, de manera excepcional, la acción extraordinaria de protección No. 4-19-EP sea conocida y resuelta obviando el orden cronológico de las demás causas que se sustancian en su despacho<sup>5</sup>. En sesión de 9 de junio de 2020, el Pleno aprobó la solicitud de priorización.

<sup>4</sup> Conformada por los jueces constitucionales Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado y la jueza constitucional Daniela Salazar Marín.

<sup>5</sup> En virtud del inciso final del artículo 7 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional y del artículo 5 numeral 2 de la Resolución No. 003-CCE-PL-2021 de 21 de abril de 2021.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 4-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 4-19-EP/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

10. El 10 de junio de 2020, la jueza sustanciadora avocó conocimiento de la causa No. 4-19-EP y concedió a los jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar y de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia el término de 10 días para la remisión de su informe de descargo.
11. El 24 de junio de 2021, el juez nacional Iván Saquicela Rodas presentó su informe de descargo. Por su parte, los jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar no han cumplido con lo dispuesto por la jueza sustanciadora.

## 2. Competencia

12. El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente acción extraordinaria de protección de conformidad con lo previsto por los artículos 94, 429 y 437 de la Constitución y 58 y 191 número 2 letra *d* de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

## 3. Fundamentos de las partes

### 3.1. Fundamentos de la acción y pretensión

13. La accionante considera que las sentencias impugnadas vulneraron sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva; al debido proceso en las garantías de no ser privada del derecho a la defensa, de contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, de ser escuchada en igualdad de condiciones, de ser asistida por un profesional del derecho de su confianza y de motivación; y, a la seguridad jurídica. Tales derechos se encuentran reconocidos en los artículos 75, 76 numeral 7 literales a), b), c), g) y l) y 82 de la Constitución, respectivamente.
14. La accionante sostiene que el tribunal de apelación vulneró su derecho constitucional al debido proceso en las garantías de no ser privada del derecho a la defensa, de contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, de igualdad de armas y de contar con un defensor de confianza. La accionante afirma que ello ocurrió debido a que su abogado defensor no pudo comparecer a la audiencia de fundamentación del recurso, por lo que en ese momento el tribunal designó a un defensor público a quien le concedió 10 minutos para la preparación de la defensa. Además, señala que el defensor público “[...] apresurado en leer los medios probatorios y la sentencia, no pudo coordinar adecuadamente para hacer un análisis profundo y sobre todo argumentar y fundamentar adecuadamente, lo que sin duda me dejó [sic] en indefensión”. La accionante añade que a los jueces del tribunal de apelación “[...] no les importo [sic] que suplicaba el diferimiento de la audiencia ya que mi abogado defensor no compareció a la celebración de la misma por fuerza mayor o caso fortuito [...]”.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 4-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 4-19-EP/21**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

15. Con relación a la sentencia que resolvió el recurso de casación, la accionante sostiene que el máximo órgano de justicia ordinaria no analizó la fundamentación de la causa de nulidad alegada en el recurso de casación y originada en la audiencia de apelación. En ese sentido, señala que a pesar de haber argumentado como causa de nulidad lo relatado en el párrafo precedente, el tribunal de casación no tomó en cuenta dicho argumento y declaró improcedente su recurso, validando la actuación del tribunal de apelación que vulneró sus derechos constitucionales y la dejó en un estado de indefensión. En consecuencia, afirma que la sentencia de casación vulneró sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso en la garantía de motivación y a la seguridad jurídica.

16. La accionante señala que

*[...] es nacida, oriunda y miembro de la comunidad San Guisel Alto, perteneciente al Cantón Colta, Provincia de Chimborazo, conforme los siete documentos que se adjuntan, lo que sin duda se debe tomar en cuenta el convenio de la OIT en el art. 8, 9 y 10, ya que en vez de dictar una pena privativa de libertad se debió dar preferencia tipos de [sic] sanción distintas al encarcelamiento [...].*

17. En consecuencia, la accionante solicita que se declare la vulneración de sus derechos constitucionales, se ordene la reparación integral de sus derechos así como “[...] las medidas necesarias para remediar el daño que se me ha ocasionado [...]”.

### 3.2. Posición de la autoridad judicial accionada

18. En su informe, el juez nacional Iván Saquicela Rodas refiere los antecedentes del proceso penal No. 03282-2017-00101 y aclara que a raíz de la entrada en vigencia del COIP “[...] se dejó de considerar a la nulidad como un recurso, tal como estaba contemplado en el derogado Código de Procedimiento Pena, persistiendo actualmente en dicho cuerpo normativo como una posibilidad de sanear el proceso [...]”. Explica que eso implica que incluso ante la alegación sobre la existencia de una causa de nulidad por parte de algún sujeto procesal, la declaratoria de nulidad depende de que los juzgadores que conocen el recurso “[...] observe[n] su existencia [...]”. Agrega que si el juzgador no observa un vicio de nulidad, “[...] no tendrá el deber de pronunciarse al respecto ni efectuar un análisis sobre sus fundamentos, en virtud de que lo contrario representaría seguir considerando a la nulidad como un recurso, alternativa que no es viable según la normativa procesal actual”.

19. En ese sentido, señala que en el caso concreto el tribunal de casación

*[...] al no advertir la presencia de alguna causa que pueda generar nulidad, como en efecto se hace constar en la sentencia objeto de la acción, no tenía la obligación de revisar los elementos que sustentaban la alegación de la recurrente en ese sentido, ni tampoco emitir una resolución al respecto; no obstante, sin perjuicio de ello, en el considerando 5.3.2. de la sentencia se establece que, una vez revisado el expediente procesal, en la audiencia de apelación el defensor público expresó los fundamentos del recurso, lo cual fue sometido a contradicción, que la impugnante ejerció su derecho a la*

4



**ECUADOR**  
**SENTENCIA CASO 4-19-EP**  
**Jurisprudencia**



**Sentencia No. 4-19-EP/21**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

*defensa y obtuvo una resolución sobre el tema, motivos por los cuales no se observó ningún vicio en el procedimiento.*

*Con ello, pese a que el órgano jurisdiccional que conoció el recurso de casación no visualizó ninguna causa de nulidad en el proceso, realizó un análisis sobre el asunto y dio contestación a la alegación de la hoy accionante, por lo que no existe una transgresión a sus derechos constitucionales. Existe motivación en la sentencia ya que se consideró la proposición de la casacionista y obtuvo una respuesta por parte de los jueces. De la misma forma se configura una tutela judicial efectiva de sus, debido a que Gloria Alexandra Balla Apugllon (sic) tuvo acceso al órgano jurisdiccional, quien conoció y decidió sobre los cargos casacionales que fueron admitidos a trámite. Se respeta la seguridad jurídica y el debido proceso en razón de que se aplicaron las normas jurídicas correspondientes al asunto de que se trataba e interpretándolas de conformidad con las leyes y la Constitución.*

20. En consecuencia, concluye que el tribunal de casación no vulneró los derechos constitucionales de la accionante y que, al contrario, garantizó “[...] principalmente los derechos a una tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y al debido proceso de todos los sujetos procesales [...]”.

#### 4. Análisis constitucional

21. Esta Corte ha determinado que los problemas jurídicos surgen, principalmente, de los cargos formulados por la parte accionante, es decir, de las acusaciones que esta dirige al acto procesal objeto de la acción por considerarlo lesivo de un derecho.
22. De la sección 3.1 *supra* se desprende que la accionante considera que el tribunal de apelación, al conceder solo 10 minutos para que el defensor público que asumió su defensa durante la audiencia de fundamentación del recurso de apelación prepare su intervención en la misma, vulneró su derecho constitucional al debido proceso (artículo 76 de la Constitución) en las garantías de no ser privada del derecho a la defensa (numeral 7 literal a), de contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa (numeral 7 literal b), de igualdad de armas (numeral 7 literal c) y de contar un con un defensor de confianza (numeral 7 literal g). Sobre la base fáctica expuesta por la accionante, el análisis constitucional de esta Corte respecto de las actuaciones del tribunal de apelación se centrará en las referidas garantías. Además, en virtud del principio *iura novit curia*, esta Corte analizará también la garantía de presentar y ejercer contradicción respecto de argumentos y pruebas (numeral 7 literal h).
23. Además, señala que el limitado tiempo concedido a su defensor incidió en la sentencia de segunda instancia, por lo que planteó el recurso de casación argumentando las referidas violaciones cometidas en segunda instancia como causal de nulidad. Con relación al tribunal de casación, la accionante alega que éste vulneró sus derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (artículo 75 de la Constitución), al debido proceso en la garantía de motivación (artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución) y a la seguridad jurídica (artículo 82 de la Constitución)

5



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 4-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 4-19-EP/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

al no haber tomado en cuenta la causa de nulidad alegada. Toda vez que de la demanda no se presenta una justificación jurídica que sustente cada uno de los derechos que se alegan vulnerados por parte del tribunal de casación, tomando en cuenta la base fáctica expuesta por la accionante, tales alegaciones se reconducen al análisis de la presunta vulneración al derecho al debido proceso en la garantía de motivación.

24. Por otro lado, la accionante afirma que por ser parte de la comunidad San Guisel Alto se debió dictar una medida distinta a la privación de libertad. Sin embargo, tras realizar un esfuerzo razonable, esta Corte Constitucional no identifica un argumento sobre vulneración a derechos constitucionales en tanto no existe una conclusión con relación a un derecho constitucional que se identifique como vulnerado, una identificación precisa de las actuaciones u omisiones de los tribunales de apelación y casación accionados, ni una explicación jurídica que fundamente la alegada vulneración. En ese sentido, esta Corte Constitucional no cuenta con elementos para pronunciarse sobre esta afirmación.

**4.1. Sobre la alegada vulneración al derecho al debido proceso en las garantías de no ser privada del derecho a la defensa, contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de ésta, ser escuchada en igualdad de condiciones y contar con un o una profesional del derecho particular o público**

25. La accionante considera que el tribunal de apelación vulneró su derecho al debido proceso por cuanto éste le concedió únicamente 10 minutos para que el defensor público asignado para su patrocinio durante la audiencia de fundamentación del recurso de apelación pueda preparar su defensa. Las garantías que la accionante identifica como vulneradas son las relativas a no ser privada del derecho a la defensa, a disponer del tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, a la igualdad de armas y a ser asistida por un profesional del derecho particular o público. Para la accionante, el tiempo limitado para la preparación de su defensa fue determinante en la sentencia que resolvió desechar su recurso de apelación.
26. La Constitución reconoce las garantías del debido proceso que la accionante alega como vulneradas en los siguientes términos:

*Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]*

*7.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento,*  
*b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*  
*c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.*  
[...]

6



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 4-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 4-19-EP/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

*g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.*

*h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.*

[...]

27. El derecho constitucional al debido proceso y las garantías que lo conforman asisten a todas las personas que se encuentren ante un procedimiento en que se discutan sus derechos y obligaciones, y con mayor razón aun en los procesos de carácter penal que pueden derivar en restricciones al derecho a la libertad personal<sup>6</sup>. El derecho a la defensa, como parte de éstas, debe ser “ [...] *garantizado de forma integral, sin excluir de forma indebida a ninguno de los sujetos procesales*”<sup>7</sup>. Las situaciones de indefensión de alguno de los sujetos procesales originan una vulneración de la garantía de no ser privado del derecho a la defensa y la imposibilidad de contar con tiempo suficiente para preparar la defensa técnica adecuada, reconocida en el artículo 76 numeral 7 literal b) de la Constitución, es uno de los supuestos que provocan indefensión<sup>8</sup>.

28. El artículo 76 numeral 7 literal a) de la Constitución reconoce la garantía de que ninguna persona sea privada del derecho a la defensa e “ [...] *implica que la posibilidad de ejercer el derecho de defensa no sea limitada de forma arbitraria en ningún momento del procedimiento*”<sup>9</sup>. Además, su importancia radica en que

*[...] es un medio de tutela dentro de un proceso judicial que consiste en la posibilidad de que las partes procesales dentro de una causa tengan acceso a exponer en forma oportuna todas las situaciones de hecho y de derecho que respaldan sus pretensiones materiales y jurídicas ante las autoridades jurisdiccionales competentes. De tal forma que a su vez se garanticen los principios de igualdad de las partes y de contradicción, para que se obtenga una decisión motivada*<sup>10</sup>.

29. Es decir, que se encuentra estrechamente relacionada con el derecho de los sujetos procesales de ser escuchados dentro del proceso de forma oportuna y en igualdad de condiciones, garantía reconocida en el literal c) del referido artículo 76 numeral 7 de la Constitución<sup>11</sup>. Asimismo, se relaciona con la posibilidad de presentar a la autoridad jurisdiccional los argumentos o pruebas que le asistan y la de contradecir los presentados por la contraparte, conforme lo reconoce el literal h) del referido numeral 7 del artículo 76 de la Constitución.

<sup>6</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1306-13-EP/20 de 21 de febrero de 2020, párr. 31; Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 987-15-EP/20 de 18 de noviembre de 2020, párr. 43.

<sup>7</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 3068-18-EP/21 de 9 de junio de 2021, párr. 36.

<sup>8</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 987-15-EP/20 de 18 de noviembre de 2020, párr. 37; Sentencia No. 3068-18-EP/21 de 9 de junio de 2021, párr. 36.

<sup>9</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 987-15-EP/20 de 18 de noviembre de 2020, párr. 38.

<sup>10</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1084-14-EP/20 de 26 de agosto de 2019, párr. 25.

<sup>11</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 987-15-EP/20 de 18 de noviembre de 2020, párr. 39.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 4-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 4-19-EP/21**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

30. La garantía de contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, reconocida en el artículo 76 numeral 7 literal b) de la Constitución, “[...] implica que tanto las personas cuyos derechos se discuten, como sus defensas técnicas, tengan la oportunidad y las condiciones apropiadas para ejercer una defensa efectiva, de acuerdo a las particularidades de cada caso”<sup>12</sup>. Como parte de ésta, los operadores de justicia deben asegurar, por ejemplo, que la persona acusada pueda conocer los cargos que se le imputan, la posibilidad de acceder al expediente y las piezas procesales con el fin de diseñar una estrategia de defensa, formular argumentos y prueba y ejercer la contradicción<sup>13</sup>. Adicionalmente, al analizar y aplicar esta garantía, los operadores de justicia deben tomar en consideración las circunstancias particulares de cada caso y evaluar el impacto en los derechos de los sujetos procesales<sup>14</sup>.
31. De otra parte, la garantía de ser asistido por una o un profesional del derecho particular o público, reconocida en el artículo 76 numeral 7 literal g) de la Constitución busca que los sujetos procesales “[...] cuenten con una asistencia legal que les permita ejercer su derecho a la defensa”<sup>15</sup>. Este Organismo ha señalado que “[e]n el ámbito penal, esta garantía es indispensable para evitar un desequilibrio procesal y tutelar los derechos de las personas sujetas a investigación o procesamiento frente al poder punitivo del Estado” y que ésta no se garantiza a través de la mera presencia de una o un profesional del derecho durante una diligencia.<sup>16</sup> Adicionalmente, “[...] dicha disposición debe entenderse en el sentido de que, a falta una defensa técnica particular, las personas cuentan con la garantía de ser asistidos por un defensor público, nombrado conforme la ley” mas no en el sentido de restringir una posible elección respecto de la actuación de una o un representante de la defensa pública<sup>17</sup>.
32. Además, esta Corte ha señalado que las garantías reconocidas en los literales b) y g) del artículo 76 numeral 7 de la Constitución son complementarias entre sí<sup>18</sup> y que los operadores de justicia deben asegurar su ejercicio efectivo en todas las etapas del proceso y con independencia de la intervención de defensores públicos o privados<sup>19</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, “[...] éstas adquieren una particular relevancia en los supuestos en que un nuevo profesional del derecho asume la defensa de uno de los sujetos procesales”<sup>20</sup>.

<sup>12</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 3068-18-EP/21 de 9 de junio de 2021, párr. 56.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*, párr. 63.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 57.

<sup>16</sup> *Ibid.*, párr. 63.

<sup>17</sup> *Ibid.*, párr. 62.

<sup>18</sup> *Ibid.*, párr. 58.

<sup>19</sup> *Ibid.*, párr. 55.

<sup>20</sup> *Ibid.*



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 4-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 4-19-EP/21**  
**Jueza ponente:** Daniel a Salazar Marín

33. En el presente caso, la audiencia de fundamentación del recurso de apelación se instaló el 07 de noviembre de 2017 a las 8h30. Del primer archivo de audio<sup>21</sup> que consta en el CD que obra del expediente<sup>22</sup> se desprende que como parte de la defensa técnica de la ahora accionante, compareció el defensor público Christian Fernando Verdugo Gárate quien en su primera intervención manifestó que ha conversado con la procesada y ésta le expresó que cuenta con un abogado particular quien se vio imposibilitado de llegar a la diligencia por una "*causa de fuerza mayor o calamidad doméstica*". Además, señaló que se encuentra en condiciones para ejercer la defensa de la procesada, en caso de que ella lo autorice una vez que sea instruida sobre el artículo 451 del COIP<sup>23</sup>. A continuación, la presidenta del tribunal de apelación tomó la palabra y dirigiéndose a la procesada recurrente explicó que

*[...] la falta de comparecencia de su abogado particular implicaría el abandono del recurso, eso implica que la sentencia quedaría en firme, tendría que cumplirse esa sentencia. Sin embargo, usted en este momento puede autorizar a la Defensoría Pública a que haga la defensa suya en base a la sentencia que ha sido emitida en su contra.*

34. La presidenta concedió la palabra a la procesada recurrente, quien señaló que su abogado se estaba trasladando desde la ciudad de Riobamba hacia Cañar y que en el trayecto ocurrió un imprevisto de fuerza mayor. Además, expresó que, sin desmerecer al defensor público, ella cuenta con un profesional del derecho de su confianza que conoce el proceso y su situación. En ese sentido, manifestó su voluntad de continuar con el recurso de apelación de la sentencia dictada en su contra y solicitó que se fije una nueva fecha para que se celebre la audiencia, con el fin de "*no quedar en indefensión*". Frente a ello, la presidenta del tribunal tomó nuevamente la palabra y manifestó que la ley es clara y que si su defensa privada no comparece, corresponde declarar el abandono del recurso, a menos que acepte el patrocinio del defensor público. Posteriormente, la presidenta del tribunal preguntó a la procesada si acepta tal patrocinio. Al contestar, la procesada recurrente insistió en que ella cuenta con un abogado y agregó que el defensor público no conoce el proceso. Al respecto, la presidenta del tribunal indicó "*[...] si usted le autoriza le daríamos diez minutos al doctor Gárate a que se ponga al tanto del proceso [...] es la última vez que le pregunto: le concede o no le concede [...]*". A continuación, la procesada recurrente manifestó "*está bien*" y el defensor público agregó "*gracias doctora*". Con lo anterior, concluye el primer archivo de audio que se encuentra en el CD que consta en el expediente y por el nombre que lo identifica se deduce que esta intervención concluyó a las 08h34.

<sup>21</sup> Identificado con el nombre: 03112-03282-201700101-2017-11-07-08-34-33.mp3 con duración total de 4:08 minutos.

<sup>22</sup> Corte Provincial de Justicia de Cañar. Expediente judicial No. 03282-2017-00101, contraportada.

<sup>23</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014. Artículo 451.- Defensoría Pública.- *La Defensoría Pública garantizará el pleno e igual acceso a la justicia de las personas, que por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no pueden contratar los servicios de una defensa legal privada, para la protección de sus derechos [...].*



**ECUADOR**  
**SENTENCIA CASO 4-19-EP**  
**Jurisprudencia**



**Sentencia No. 4-19-EP/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

35. En el segundo archivo de audio<sup>24</sup>, que tiene una duración total de 15 minutos y 22 segundos y según el nombre que lo identifica se infiere que concluyó a las 09h03, se escucha a la presidenta del tribunal señalar que el tiempo prudencial concluyó y conceder la palabra al defensor público con el fin de que fundamente el recurso interpuesto, lo cual se dio entre los minutos 0:15 y 5:02 del referido audio. Posteriormente, se concedió la palabra por siete minutos al representante de la Fiscalía General del Estado con el fin de que ejerza la contradicción respecto de la fundamentación realizada por el defensor público de la procesada recurrente. A continuación, tanto el defensor público como el representante de la Fiscalía replicaron los argumentos expuestos por la contraparte y se suspendió la audiencia con el fin de que el tribunal delibere. Finalmente, del tercer archivo de audio<sup>25</sup>, que dura 43 segundos y por el nombre se deduce que concluyó a las 09h22, se desprende que se reinstaló la audiencia y la presidenta del tribunal de apelación anunció su decisión de desechar el recurso de apelación y de confirmar la sentencia de primera instancia<sup>26</sup>.
36. De lo expuesto anteriormente, esta Corte Constitucional aprecia que la procesada recurrente contaba con un defensor particular quien, por alegados motivos de fuerza mayor –relacionados con un imprevisto en su traslado desde otra ciudad–, no pudo asistir a la audiencia de fundamentación del recurso. Además, se desprende que en las ocasiones en que la entonces procesada tomó la palabra durante la audiencia, ésta solicitó una nueva fecha para la celebración de la audiencia, expresó que deseaba que su defensor de confianza ejerza su patrocinio debido a que éste es quien conocía el proceso y su situación y dejó claro que no pretendía abandonar el recurso de apelación interpuesto. Sin embargo, la respuesta que obtuvo por parte de la presidenta del tribunal de apelación fue que la falta de comparecencia de su defensor particular implicaba el abandono del recurso, a menos que la procesada acepte ser representada por el defensor público. Adicionalmente, la procesada recurrente insistió por una tercera ocasión en que su deseo era continuar con el patrocinio del abogado de su confianza y, además, manifestó su preocupación por el hecho de que el defensor público no conocía el proceso. Frente a ello, la presidenta del tribunal de apelación suspendió la audiencia por el tiempo de 10 minutos con el fin de que el defensor público prepare su defensa, lo que se deduce de la afirmación de la presidenta del tribunal, así como de la duración y nombres de los archivos de audio contenidos en el CD que consta en el expediente de apelación.
37. El recurso de apelación tiene por objeto garantizar que los sujetos procesales puedan recurrir del fallo de primera instancia y permite al tribunal de apelación realizar una revisión amplia de los hechos, la prueba y el derecho aplicable. Además, como parte de la libertad de configuración del legislador, la norma procesal penal establece que,

<sup>24</sup> Identificado con el nombre: 03112-03282-201700101-2017-11-07-09-03-07.mp3 con duración total de 15:22 minutos.

<sup>25</sup> Identificado con el nombre: 03112-03282-201700101-2017-11-07-09-22-05.mp3 con duración total de 00:43 minutos.

<sup>26</sup> La sentencia de segunda instancia se redujo a escrito y notificó a las partes el 09 de noviembre de 2017.



**ECUADOR**  
**SENTENCIA CASO 4-19-EP**  
**Jurisprudencia**



**Sentencia No. 4-19-EP/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

frente a la falta de comparecencia del recurrente, procede el abandono del recurso<sup>27</sup>. Si bien la figura procesal del abandono puede considerarse una regulación legal del derecho a recurrir, su aplicación resulta razonable en tanto éste “[...] se produzca por la voluntad expresa de las partes procesales o por su propia negligencia”<sup>28</sup>. En ese sentido, esta Corte ha señalado:

*45. Si la ausencia a la audiencia se produce por negligencia, sin debida justificación u otras causas imputables a la persona que ejerce la representación y la defensa, el juez o jueza podría designar un abogado o abogada de la Defensa Pública y hacer conocer el hecho a las autoridades disciplinarias competentes. Y, en el caso de que asuma un nuevo abogado o abogada defensor, deberá preverse que se cuente con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa. En ese contexto, el tribunal podría señalar nuevo día y hora para que se realice la audiencia en la que se garantice la presencia de quien ejerce la defensa técnica de la persona procesada.*<sup>29</sup>

38. En el presente caso, esta Corte observa que el tribunal de apelación no declaró el abandono; pero de forma insistente hizo conocer a la procesada recurrente que si no aceptaba que el defensor público asuma su defensa para continuar con la audiencia, declararían el abandono de su recurso. Así, se verifica que el tribunal de apelación impuso a la accionante la aceptación del patrocinio del defensor público. Sin embargo, esta Corte considera que tal actuación fue incompatible con el artículo 652 numeral 8 del COIP que establece la posibilidad del abandono del recurso frente a la falta de comparecencia de los recurrentes al proceso. Además, el tribunal tampoco garantizó el derecho a la defensa de la accionante, en tanto privilegió la designación en ese momento de un defensor público al cual concedió un tiempo de 10 minutos para preparar la defensa técnica que acababa de asumir, en lugar de considerar la posibilidad de diferir la diligencia y garantizar los derechos de la entonces procesada<sup>30</sup>.
39. Como se mencionó anteriormente, el derecho a contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa implica la posibilidad de revisar el expediente y las piezas procesales relevantes. Adicionalmente, al evaluar el elemento de tiempo adecuado, se debe tomar en cuenta la complejidad del asunto, el momento procesal del que se trate y la posibilidad efectiva de que los sujetos procesales puedan ejercer su derecho a la defensa durante el tiempo concedido<sup>31</sup>. Tomando en cuenta que, en fase de apelación, el tribunal se encuentra facultado para analizar cuestiones fácticas y probatorias, la preparación adecuada de la defensa no solo alcanza a la revisión de la sentencia impugnada, sino también de otras piezas

<sup>27</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014. Artículo 652 numeral 8.

<sup>28</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 987-15-EP/20 de 18 de noviembre de 2020, párr. 51.

<sup>29</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1989-17-EP/21 de 3 de marzo de 2021, párr. 45.

<sup>30</sup> Sin perjuicio de las sanciones administrativas previstas en la ley en caso de que el abogado patrocinador no haya logrado justificar la situación de fuerza mayor que le impidió comparecer a la audiencia.

<sup>31</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 076-13-SEP-CC de 18 de septiembre de 2013 dentro del caso No. 1242-10-EP, pág. 23.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 4-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 4-19-EP/21**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

procesales como la prueba que obra del proceso y la preparación de una estrategia. Además, una defensa adecuada también involucra la preparación de los argumentos que sustentan el recurso de apelación, con el fin de que se puedan ejercer de forma efectiva las garantías de ser escuchada en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, así como de presentar los argumentos y pruebas que asistan al sujeto procesal y de contradecir los presentados por la contraparte. Para esta Corte, dichas actuaciones que conforman medios adecuados para la preparación de una defensa, mencionadas de modo ejemplificativo, se vieron limitadas de forma irrazonable en el caso concreto debido al límite temporal de 10 minutos concedido por el tribunal de apelación. Del expediente del tribunal de juicio se desprende que tiene una extensión de 196 folios, por lo que 10 minutos no son suficientes para una revisión íntegra del mismo, así como para la preparación de la defensa en la audiencia.

40. Por otro lado, este Organismo considera oportuno tener en cuenta que, conforme se mencionó en el párrafo 31 *supra*, la mera designación de un defensor público no es suficiente para garantizar una efectiva protección del derecho a la defensa. Esta Corte considera que, en este caso, la designación de dicho defensor sin contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, lejos de garantizar el derecho de la accionante, implicó una vulneración de la posibilidad de ejercer una defensa efectiva debido a la limitación temporal arbitraria ya referida.
41. De otra parte, el hecho de que la acusación pública haya contado con alrededor de 2 meses mientras que el defensor público designado el día de la audiencia contó con 10 minutos para la preparación de su defensa, también evidencia una clara desigualdad en perjuicio de la entonces procesada recurrente.
42. Por lo expuesto, esta Corte concluye que en el presente caso la actuación del tribunal de apelación impidió que la accionante ejerza de forma efectiva su derecho a la defensa, sea escuchada en igualdad de condiciones y presente los argumentos y pruebas sobre la base de los cuales fundamentó su recurso de apelación. Además, dicha actuación no garantizó de forma efectiva que la defensa técnica de la accionante cuente con el tiempo adecuado para la preparación de su defensa, ni de ser asistida por un profesional del derecho de su elección. Es decir, se vulneraron las garantías reconocidas en los numerales a), b), c), g) y h) del artículo 76 numeral 7 de la Constitución.

**4.2. Sobre la alegada vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación**

43. Para la accionante, el tribunal de casación vulneró su derecho al debido proceso en la garantía de motivación debido a que no analizó su cargo de nulidad fundamentado en la limitación temporal para la preparación de la defensa técnica por parte del defensor público analizada en la sección 4.1 de la presente sentencia.
44. El artículo 76 numeral 7, literal 1 de la Constitución prescribe:



**ECUADOR**  
**SENTENCIA CASO 4-19-EP**  
**Jurisprudencia**



**Sentencia No. 4-19-EP/21**

**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

*Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*

45. Esta Corte ha señalado que dicha garantía se satisface si los jueces cumplen con, al menos, los siguientes parámetros mínimos establecidos en el artículo 76 numeral 7 literal 1 de la Constitución: (i) enunciación de las normas o principios en los que se funda su decisión y (ii) explicación de la pertinencia de la aplicación de dichas normas o principios a los antecedentes de hecho<sup>32</sup>.
46. Además, este Organismo también ha determinado que existe falta de motivación en dos supuestos: (i) inexistencia de motivación, que ocurre ante la ausencia completa de argumentación o (ii) insuficiencia de motivación, entendida como el incumplimiento de criterios que nacen de la Constitución como la coherencia, congruencia y/o pertinencia<sup>33</sup>. En ese sentido, la Corte ha sostenido que la motivación exige congruencia argumentativa, lo que implica que la autoridad jurisdiccional responda motivadamente, al menos, los argumentos relevantes alegados por las partes<sup>34</sup>.
47. El cargo formulado por la accionante en el presente caso está relacionado con el segundo escenario, pues ésta considera que el tribunal de casación no analizó la causal de nulidad invocada en la fundamentación de su recurso y, en lugar de ello, declaró su improcedencia por falta de fundamentación. En ese orden de ideas, el presente análisis se dirigirá a verificar si la sentencia de casación guarda coherencia argumentativa, en los términos expuestos en el párrafo que antecede. Así, esta Corte se referirá al contenido principal de la sentencia impugnada, la cual se organiza de la siguiente forma:
- ANTECEDENTES [...] PRIMERO, COMPETENCIA [...] SEGUNDO, TRÁMITE, [...] TERCERO, VALIDEZ PROCESAL [...] CUARTO, FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN [...] QUINTO, CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN SOBRE LA IMPUGNACIÓN, EL DERECHO A RECURRIR Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN [...] SEXTO RESOLUCIÓN [...].*
48. En el considerando “4.1. Fundamentación del recurso de casación por parte del abogado Jorge Coello Hernández en representación de la procesada recurrente

<sup>32</sup>Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1728-12-EP/19 de 02 de octubre de 2019, párr. 39.

<sup>33</sup>Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1236-14-EP/20 de 21 de febrero de 2020, párr. 19.

<sup>34</sup>Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1582-16-EP/21 de 24 de marzo de 2021, párr. 24 y Sentencia No. 273-15-EP/20 de 2 de diciembre de 2020, párrafo 21 y Sentencia No. 2344-19-EP/20 de 24 de junio de 2020, párr. 11.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 4-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 4-19-EP/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

*Gloria Alexandra Balla*” consta la síntesis de la fundamentación del recurso de casación dividida en cuatro cargos. El primero, relacionado con que la sentencia de apelación impugnada está viciada y debe declararse su nulidad conforme el artículo 652 numeral 10 del COIP<sup>35</sup> en tanto el tribunal de apelación concedió únicamente 10 minutos para la preparación de la defensa técnica durante la audiencia de fundamentación del recurso por parte del defensor público. Para la casacionista, esta vulneración de la garantía del derecho a la defensa reconocida en el artículo 76 numeral 7 literal b) de la Constitución influyó en la decisión de la causa en tanto restringió un estudio del proceso y un debate sustentado en elementos fácticos y jurídicos precisos. Los tres cargos siguientes se refieren la alegada violación de la ley, concretamente, la presunta indebida aplicación del tipo penal por falta de cumplimiento de los elementos del tipo penal y, dado que no están vinculados a las alegaciones contenidas en la presente acción extraordinaria de protección, no serán detallados en la presente sentencia.

49. De otra parte, se observa que el considerando “*QUINTO, CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE CASACION SOBRE LA IMPUGNACIÓN, EL DERECHO A RECURRIR Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN*” está conformado por los siguientes subnumerales:

*5.1. La impugnación y el derecho a recurrir.- [...] 5.1.2. Fundamentos del derecho de impugnación.- [...] 5.2. El recurso extraordinario de casación.- [...] 5.3. Sobre las alegaciones de la recurrente.- [...] 5.3.1.- Respecto de los cargos admitidos.- [...] 5.3.2. Consideraciones respecto de la alegación de la recurrente Gloria Alexandra Balla Apugllón.- [...] 5.4. Consideraciones respecto de la alegación de la Fiscalía General del Estado.- [...]*

50. Con relación al vicio de nulidad por vulneración del debido proceso invocado por la procesada recurrente, en la sección “*5.3. Sobre las alegaciones de la recurrente.-*”, el tribunal de casación señala “[*l]a defensa de la recurrente ha efectuado en primer lugar una alegación de nulidad, invocando el artículo 652 numeral 10) del Código Orgánico Integral Penal COIP.- [...]*”. Además, en la sección “*3.2. Consideraciones respecto de la alegación de la recurrente Gloria Alexandra Balla Apugllón.-*”, el tribunal establece:

*Este Tribunal, considerando el argumento que hizo el impugnante, respecto de que en la audiencia de apelación no habría comparecido el defensor privado, y por tanto se nombró un defensor público que pese a haber solicitado diferimiento para preparar con tiempo la defensa, no se le concedió; una vez revisado el expediente procesal, se tiene*

<sup>35</sup> Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014. Artículo 652.- Reglas generales. - La impugnación se regirá por las siguientes reglas: [...] 10. Si al momento de resolver un recurso, la o el jugador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligado a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que se produce la nulidad a costa del servidor o parte que lo provoque. Habrá lugar a esta declaratoria de nulidad, únicamente si la causa que la provoca tiene influencia en la decisión del proceso. Para los efectos de este numeral, serán causas que vicien el procedimiento: [...] c) Cuando exista una violación de trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la defensa. [...]



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 4-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 4-19-EP/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

*que en la audiencia de apelación el defensor público, expresó los fundamentos de la apelación, ejerció el derecho a la defensa, lo cual fue sometido a contradicción y hubo una resolución al respecto. Por lo tanto, no encuadra ningún vicio ni indefensión [...].*

51. De lo anterior se sigue que el tribunal de casación tomó en cuenta y se pronunció acerca de la alegación planteada por la procesada recurrente relacionada con una presunta nulidad producida por la vulneración del derecho a la defensa ocasionada por la actuación del tribunal de apelación.
52. Sin perjuicio de lo señalado en la sección 4.1 de la presente sentencia, esta Corte Constitucional considera oportuno enfatizar que el tribunal de casación no haya acogido favorablemente el cargo de nulidad alegado por la entonces recurrente no implica una vulneración del debido proceso en la garantía de motivación.
53. En consecuencia, la sentencia de casación cumple con el criterio de congruencia argumentativa en tanto se pronuncia sobre los argumentos planteados por la ahora accionante y se desestima lo alegado en su demanda de acción extraordinaria de protección en cuanto a la presunta vulneración a la garantía de motivación.

### 5. Decisión

54. En mérito de lo expuesto, esta Corte resuelve:
  1. **Aceptar** la acción extraordinaria de protección **No. 4-19-EP**.
  2. **Declarar** que el tribunal de apelación vulneró el derecho al debido proceso de Gloria Alexandra Balla Apugllón, en las garantías de: no ser privada del derecho a la defensa, de contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, de ser escuchada en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, de ser asistida por una o un profesional del derecho particular o público y de presentar argumentos y pruebas y contradecir los de la contraparte.
  3. Como medidas de reparación integral:
    - i. **Dejar sin efecto** la sentencia dictada por Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar el 09 de noviembre de 2017 dentro del proceso No. 03282-2017-00101.
    - ii. **Retrotraer el proceso** hasta el momento anterior a la vulneración de derechos constitucionales, es decir, a la limitación temporal para la preparación de la defensa por parte del defensor público. En consecuencia, también queda sin efecto la sentencia de casación emitida por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 4-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 4-19-EP/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

- iii. **Disponer** que, previo sorteo, otro tribunal de apelación convoque a la mayor brevedad posible a la audiencia de fundamentación del recurso de apelación correspondiente, sustancie el recurso respetando los derechos de todos los sujetos procesales y dicte la decisión judicial que corresponda.
- iv. **Ordenar** al Consejo de la Judicatura que dentro del término de 10 días contados desde la notificación de la presente sentencia:
1. Publique el texto íntegro de esta sentencia en el banner principal de su sitio web institucional por 3 meses consecutivos de forma ininterrumpida.
  2. Difunda esta sentencia a través de sus cuentas oficiales en redes sociales por 3 meses consecutivos con 2 publicaciones por semana.
  3. Envíe el texto íntegro de la presente sentencia a todos los órganos judiciales con competencia en materia penal, así como a los funcionarios de la Defensoría Pública, a través del correo electrónico institucional.
  4. Para justificar el cumplimiento integral de las presentes medidas, el Consejo de la Judicatura deberá remitir a esta Corte:
    - (i) dentro del término de 10 días contados desde la notificación de la presente sentencia la constancia de la publicación de la sentencia en el banner principal del sitio web de la institución, así como de la difusión a través de las redes sociales y el correo electrónico institucional; y,
    - (ii) dentro del término de 10 días contados desde el cumplimiento del plazo de 3 meses, un informe en el que se detalle el registro de actividades (historial log) respecto de las publicaciones en redes sociales y de la publicación del banner, en el que se advierta que efectivamente la entidad obligada publicó y difundió la sentencia conforme lo ordenado.
- v. **Llamar la atención** a los jueces del tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar, Sandra Catalina Maldonado López (ponente), Galo Aníbal Correa Molina y Víctor Enrique Zamora Astudillo, por la vulneración al derecho al debido proceso de Gloria Alexandra Balla Apugllón.

55. Notifíquese y cúmplase.

LUIS HERNAN BOLIVAR SALGADO PESANTES  
Firmado digitalmente por LUIS HERNAN BOLIVAR SALGADO PESANTES  
Fecha: 2021.07.26 11:40:30 -05'00'

Dr. Hernán Salgado Pesantes  
**PRESIDENTE**

16



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 4-19-EP  
Jurisprudencia



**Sentencia No. 4-19-EP/21**  
**Jueza ponente:** Daniela Salazar Marín

**Razón:** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con ocho votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; sin contar con la presencia de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce; en sesión ordinaria de miércoles 21 de julio de 2021.- Lo certifico.

AIDA  
SOLEDAD  
GARCIA  
BERNI

Firmado  
digitalmente  
por AIDA  
SOLEDAD  
GARCIA BERNI

Dra. Aída García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**



**ECUADOR**  
SENTENCIA CASO 4-19-EP  
Jurisprudencia



Firmado electrónicamente por:  
**AIDA SOLEDAD  
GARCIA BERNI**

**CASO Nro. 0004-19-EP**

**RAZÓN.-** Siento por tal que el texto de la sentencia que antecede fue suscrito el día lunes veintiséis de julio dos mil veintiuno, luego del procesamiento de las observaciones recogidas en la sesión respectiva. - **Lo certifico.-**

*Documento firmado electrónicamente*

**Dra. Aída García Bemí  
SECRETARIA GENERAL**

AGB/WFCS



**ECUADOR**  
CASO 11-20-CN  
Fallos Remitidos

## FALLO REMITIDO

<b>País</b>	Ecuador
<b>Tribunal</b>	Corte Constitucional del Ecuador
<b>Materia</b>	Penal
<b>Intervino la defensa pública oficial</b>	N/A
<b>Datos del defensor/a público</b>	N/A
<b>Derechos involucrados</b>	Principio de proporcionalidad. Derecho a la igualdad formal y material.
<b>Breve relacion de los hechos</b>	<p>En el presente caso el tribunal ad quem condenó al señor CARLOS FLORENCIO HERNÁNDEZ MALESA, por el delito de USURPACIÓN previsto en el Art. 200, inciso primero, del COIP, que sanciona dicho acto con una pena privativa de libertad de seis meses a dos años.</p> <p>Al señor CARLOS FLORENCIO HERNÁNDEZ MALESA, le impuso, por considerar proporcional a la infracción cometida, la pena mínima que prevé el tipo penal, de SEIS MESES de privación de libertad. Sin embargo, conforme la razón constante en el numeral primero de este auto y pese a que se ha emitido por parte de esta autoridad, en calidad de juez de ejecución, la respectiva orden de localización y captura a la Policía Judicial, el sentenciado no ha sido detenido y ha transcurrido más de un año de ejecutoriada su sentencia, tiempo transcurrido que se constituye en el doble de la pena impuesta. Pese a este tiempo transcurrido, debido a que el Art. 75, numeral 1, del COIP, establece como tiempo para que la pena privativa de libertad prescriba un tiempo superior al de la pena en concreto, que, en el presente caso, representa cinco veces más del tiempo de la pena impuesta, la pena no puede ser declarada prescrita.</p> <p>El querellado interpuso recurso de casación que, el 12 de febrero de 2019, fue inadmitido.</p>
<b>Fundamentos de derecho</b>	<p>Corte Constitucional</p> <p>Art. 76. 6. Principio de proporcionalidad.</p> <p>Art. 66. 4. Derecho a la igualdad formal y material.</p>
<b>Contexto social y económico del caso</b>	La persona recibió una pena de privación de la libertad de 6 meses, sin embargo el sentenciado no ha sido detenido y ha transcurrido más de un año de ejecutoriada su sentencia, tiempo transcurrido que se constituye en el doble de la pena impuesta.



**ECUADOR**  
CASO 11-20-CN  
Fallos Remitidos

**Instancia procesal en la que se emite la sentencia**

Corte Constitucional del Ecuador

**Instrumento y/o criterio internacional invocado**

Corte IDH. Caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C No. 410, párr. 79.

Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 219.

**Medidas de reparación integral adoptadas**

La Defensoría Pública, en el plazo de seis meses, enviará un proyecto de ley que adecúe la norma a lo establecido en esta sentencia. La Asamblea Nacional deberá conocer y aprobar la reforma normativa en el plazo máximo de un año contado a partir de la recepción del proyecto. La Defensoría Pública y la Asamblea informarán a la Corte sobre el cumplimiento de esta sentencia al vencer los plazos establecidos.

**Fallo**

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, al responder las consultas de norma por parte de la jueza y el juez consultantes, dispone:

1. Declarar la inconstitucionalidad de las palabras “máximo” y “el tipo penal” del artículo 75 (1) del Código Orgánico Integral Penal.

2. El artículo 75 (1) del COIP, hasta que la Asamblea Nacional no adecúe la norma a esta sentencia, dirá: Prescripción de la pena.- La pena se considera prescrita de conformidad con las siguientes reglas:

1. Las penas restrictivas de libertad prescribirán en el tiempo de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria más el cincuenta por ciento.

**Votación por la que fue adoptada**

**Mayoritario: votos de los jueces:**

Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes.

**Votos concurrentes o disidentes:**

**Votos concurrentes:**  
Teresa Nuques Martínez

**Votos en contra:**

Carmen Corral Ponce y Enrique Herrería Bonnet.

**Otros datos de interés**

[http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBlGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidjYmQwZWU2MS01OW-VkLTRjYzQtYWM5OS1hMjdmNzgwNWRjZDcucGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidjYmQwZWU2MS01OW-VkLTRjYzQtYWM5OS1hMjdmNzgwNWRjZDcucGRmJ30=)

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO No. 11-20-CN

Jurisprudencia



**Sentencia No. 11-20-CN/21**  
**(La proporcionalidad y la igualdad**  
**en la prescripción de la pena)**  
**Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría**

Quito, D.M., 10 de noviembre de 2021

**CASO No. 11-20-CN**

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,**  
**EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y**  
**LEGALES, EMITE LA SIGUIENTE**

**SENTENCIA**

**Tema:** La Corte conoce una consulta de norma sobre el artículo 75.1 del COIP, que establece que las penas prescribirán por el tiempo máximo de la pena privativa de libertad establecida en el tipo penal más el cincuenta por ciento. Después de analizar la proporcionalidad y su relación con el principio de igualdad, resuelve declarar la inconstitucional de las palabras “*máximo*” y “*el tipo penal*” y para que no exista un vacío normativo señala cómo debe ser leída dicha norma, hasta que la Asamblea Nacional emita una nueva regulación conforme la sentencia.

### **I. Antecedentes y procedimiento**

1. El 5 de abril de 2018, la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia de Carcelén del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, en el proceso penal por el delito de usurpación seguido contra el querellado, Carlos Florencio Hernández Malesa, ratificó su estado de inocencia.<sup>1</sup> El querellante, Luis María Erazo Manosalvas, y el querellado apelaron.
2. El 27 de julio de 2018, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha declaró la culpabilidad del querellado como autor del delito tipificado en el inciso 1 del artículo 200 del Código Orgánico Integral Penal (COIP),<sup>2</sup> impuso la pena privativa de libertad de seis meses, una multa de tres salarios básicos unificados del trabajador en general y el monto de 15.000 USD por reparación integral. El querellado interpuso recurso de casación que, el 12 de febrero de 2019, fue inadmitido.

<sup>1</sup> Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia de Carcelén del Distrito Metropolitano de Quito, proceso número 17295-2017-00051.

<sup>2</sup> COIP, artículo 200. “*Usurpación.- La persona que despoje ilegítimamente a otra de la posesión, tenencia o dominio de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. Si el despojo ilegítimo se produce con intimidación o violencia, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.*”



## ECUADOR

SENTENCIA CASO No. 11-20-CN

Jurisprudencia



3. El querrellado, se encontraba prófugo y por el transcurso del tiempo, por medio de su esposa y abogado, solicitó reiteradamente la prescripción de la pena al juez de la Unidad Judicial.<sup>3</sup>
4. El 10 de marzo de 2020, el juez ejecutor, de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia de Carcelén del Distrito Metropolitano de Quito, Telmo Molina Cáceres (“el juez consultante”), por tener duda razonable, suspendió la tramitación de la causa y presentó una consulta de constitucionalidad de norma del artículo 75 (1) del COIP, que establece el mecanismo de prescripción de la pena.
5. El 11 de agosto de 2020, la consulta fue admitida por la Sala de Admisión conformada por la jueza Karla Andrade Quevedo y los jueces Enrique Herrería Bonnet y Ramiro Avila Santamaría.
6. El 27 de agosto de 2020, el juez consultante en su informe motivado se ratificó en los fundamentos de su consulta de constitucionalidad. El 20 y el 22 de octubre de 2021, la Presidencia de la República y la Asamblea Nacional respectivamente remitieron su informe.<sup>4</sup>
7. El querrellado fue detenido el 29 de enero del 2021, se emitió boleta de encarcelamiento y se ordenó cumpla la pena en el Centro de Rehabilitación Social Pichincha No. 2. Actualmente la persona condenada tiene 69 años de edad.<sup>5</sup>
8. El 15 de octubre de 2021, el juez sustanciador avocó conocimiento de la presente causa.

## II. Competencia

9. La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver consultas de norma por consideraciones de constitucionalidad.<sup>6</sup>

## III. Consulta y argumentos del juez consultante

10. El juez consultante identifica como norma cuestionable constitucionalmente el artículo 75 (1) del COIP:

*Prescripción de la pena.- La pena se considera prescrita de conformidad con las siguientes reglas:*

<sup>3</sup> Información que consta en el sistema SATJE. El primer pedido de prescripción realizado por el querrellado a la Unidad Judicial fue el 18 de octubre de 2019, otro escrito se presentó el 13 de diciembre de 2019 y otro más el 2 de enero de 2020.

<sup>4</sup> Información que consta en el Sistema Automatizado de la Corte Constitucional (“SACC”) dentro del expediente de la causa No. 11-20-CN.

<sup>5</sup> Información que consta en el sistema SATJE. Unidad Judicial, providencia de 29 de enero de 2021.

<sup>6</sup> Constitución, artículo 428; y, Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional (“LOGJCC”), artículo 142.



## ECUADOR

SENTENCIA CASO No. 11-20-CN

Jurisprudencia



*1. Las penas restrictivas de libertad prescribirán en el tiempo máximo de la pena privativa de libertad prevista en el tipo penal más el cincuenta por ciento.*

11. En su consulta el juez consultante señala que esta norma se encuentra en contradicción con los artículos 76 (6), relativo al principio de proporcionalidad penal, y 66 (4) de la Constitución, que establece la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.
12. En la exposición de razones respecto a su consulta, con relación a la proporcionalidad, el juez consultante expresa:
  - a. La proporcionalidad es legislativa y jurisdiccional. A los jueces corresponde verificarla en *“la imposición de las penas en los casos concretos (función judicial).”*
  - b. La persona condenada en el caso tiene una pena de seis meses de privación de libertad. Al momento de la consulta la persona no había sido detenida y transcurrió el doble de la pena.
  - c. El tiempo de prescripción para el caso concreto, de acuerdo con la ley, *“representa cinco veces más del tiempo de la pena impuesta... al imponerse un plazo de prescripción considerablemente mayor al de la pena impuesta en sentencia, el sentenciado estaría siendo tratado por la ley, de manera desproporcional respecto a la infracción cometida.*
  - d. El fundamento de la prescripción es el transcurso del tiempo *“el cual influye en la desaparición de la necesidad de la pena, dado que el tiempo transcurrido ocultándose de la justicia y con la amenaza pendiente de la pena parece ya suficiente castigo...”*
  - e. El caso más grave que en el cual la necesidad de la pena es mayor, en aplicación de la ley, *“exige un tiempo de prescripción sustancialmente menor, que aquel que se le exige al caso más leve...”*
13. Con respecto al principio y derecho a la igualdad, el juez consultante asevera que *“el Art. 75, numeral 1, del COIP, obliga a los jueces a tratar a los sentenciados con penas mínimas, de forma más gravosa que a aquellos sentenciados a penas máximas, poniéndolos en una situación idéntica, pese a tener, en lo fáctico y jurídico, una situación distinta”*.
14. Finalmente, el juez consultante considera que la consulta *“es indispensable para dar una solución definitiva al reiterado pedido de prescripción de la pena privativa de libertad realizado por el sentenciado”*.
15. La Presidencia de la República señaló, con respecto al principio de igualdad, que no es lo mismo una persona que cumple su condena privada de libertad que una persona prófuga, y que el evadir una decisión judicial le pone en una circunstancia distinta de



ECUADOR

SENTENCIA CASO No. 11-20-CN

Jurisprudencia



quienes obedecen las sentencias. La diferenciación legislativa es legítima, para la Presidencia. En cuanto al principio de proporcionalidad la Presidencia argumento que, la Asamblea Nacional, en ejercicio del libre ejercicio de configuración legislativa, tiene competencia para establecer el tiempo de las infracciones y de las penas y que, al establecer el tiempo de prescripción, *“ya está incluido en dicha consideración un análisis de proporcionalidad”*. Además, considera que se debe demostrar de forma clara e incontrovertible la desproporcionalidad. Por lo que concluyó que *“no existen argumentos que permitan considerar que la norma consultada transgrede el principio de proporcionalidad en materia penal. Por el contrario, es una disposición que persigue el fin legítimo de desincentivar la impunidad y la evasión de la justicia,”*

16. La Asamblea Nacional no proporcionó argumento alguno y señaló que *“...al no ser una demanda de Acción Pública de Inconstitucionalidad en contra de la Asamblea Nacional, esta función del Estado ratifica la constitucionalidad del artículo 75 numeral 1 del COIP”*.<sup>7</sup>

#### IV. Análisis constitucional

17. La norma consultada es una norma penal. La Constitución reconoce que, por el principio de reserva de ley, la Asamblea Nacional tiene competencia para tipificar las infracciones y establecer las penas.<sup>8</sup> Lo anterior, guarda estrecha relación con el principio constitucional de legalidad que es una garantía del debido proceso.<sup>9</sup>
18. La Corte ha reconocido que la Asamblea Nacional tiene libertad para configurar las normas penales. Sin embargo, esta libertad *“no es ilimitada y sin restricciones, pues debe desarrollarse sin exceder sus potestades demarcadas en la CRE y circunscribirse a determinar aspectos de la esfera de la legalidad que no transgredan el marco constitucional ni restrinjan los derechos y garantías constitucionales.”*<sup>10</sup>
19. La consecuencia de lo anterior, es que *“el poder punitivo del Estado debe respetar los derechos de las personas racionalizando su ejercicio. Así, el ius puniendi únicamente será compatible con los principios, valores y fines del ordenamiento, si existe una utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal.”*<sup>11</sup>
20. Al analizar la configuración de las normas penales, entonces, la Corte debe analizar si existe compatibilidad entre las normas referidas y lo preceptuado en la Constitución.
21. La Corte analizará la supuesta incompatibilidad del artículo 75 (1) del COIP con las normas constitucionales expuestas en los cargos del juez consultante: i) la

<sup>7</sup> Información que consta en el Sistema Automatizado de la Corte Constitucional (SACC) dentro del expediente de la causa No. 11-20-CN.

<sup>8</sup> Constitución, artículo 132 (2).

<sup>9</sup> Constitución, artículo 76 (3).

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, párrafo 100.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, párrafo 106.



## ECUADOR

SENTENCIA CASO No. 11-20-CN

Jurisprudencia



proporcionalidad (artículo 76.6 de la Constitución); y ii) la igualdad y no discriminación (artículo 66.4 de la Constitución).

*i) La proporcionalidad*

22. La Constitución reconoce la proporcionalidad como un derecho y como una garantía del debido proceso, en los siguientes términos: *“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”*<sup>12</sup>
23. La Corte ha establecido que *“al configurar las normas en el ámbito penal, corresponde al legislador aplicar los criterios de proporcionalidad y racionalidad dado que estos permiten evaluar si la ley penal guarda armonía con la protección y garantía de los derechos constitucionales.”*<sup>13</sup> También ha señalado que *“el principio de proporcionalidad constituye una de las garantías del debido proceso que actúa como un límite al poder punitivo, tanto al momento de configuración normativa de las distintas infracciones y sanciones, como en el de su aplicación durante el ejercicio concreto de la potestad sancionadora. En tal sentido, la proporcionalidad exige que exista una adecuada correspondencia entre la sanción y la conducta o categoría de conductas que se reprochan, para que esta no sea excesiva atendiendo a la gravedad de la infracción o innecesaria para la consecución de la finalidad de interés general.”*<sup>14</sup>
24. El juez consultante afirma que, en el caso, al haberse impuesto la pena mínima prevista en la ley por el tipo penal, el plazo de prescripción legal es 2,5 veces mayor al que hubiese recibido la persona si le imponían la pena máxima. Este tratamiento legal, de acuerdo con el razonamiento del juez consultante, es desproporcionado.
25. Existen varios sistemas para determinar el cálculo de la prescripción de la pena. Entre ellos está el criterio basado en la pena prevista en la ley o un plazo fijo (criterio normativo), aquel basado en el tiempo determinado en la condena y adecuado a un hecho concreto (criterio jurisdiccional), y otro en el que se combina el plazo legal con el jurisdiccional (criterio mixto).
26. El legislador, a lo largo de la historia de la ley penal, ha aplicado todos los criterios. El criterio normativo lo ha aplicado en el primer (1837)<sup>15</sup> y último código penal (2014)<sup>16</sup>. El criterio mixto, que combina la sentencia más un período fijo, lo adoptó en varios códigos (1871, 1889 y 1906).<sup>17</sup> Y el criterio, que por más tiempo se ha utilizado, es el

<sup>12</sup> Constitución, artículo 76 (6).

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, párrafo 108.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia 2137-21-EP /21, párrafo 162.

<sup>15</sup> Código Penal de 1837, artículo 93: delitos de reclusión 10 años y el resto de delitos 4 años.

<sup>16</sup> COIP, artículo 75.

<sup>17</sup> Código de 1871, artículo 103; que se reproduce en el Código de 1889, artículo 103: las *“penas criminales por el tiempo de la condena y dos años más...”*; Código Penal de 1809, artículo 72: *“Las penas criminales y correccionales prescriben en el tiempo de la condena y dos años más.”*



## ECUADOR

SENTENCIA CASO No. 11-20-CN

Jurisprudencia



jurisdiccional, que basó la prescripción al tiempo de la condena (1938 y 1971).<sup>18</sup> Si bien el legislador puede adoptar cualquier criterio, siempre que respete los principios constitucionales, corresponde a la Corte determinar si el criterio vigente es proporcional.

27. El COIP ha adoptado, para el cálculo de la prescripción de la pena, un criterio basado en la pena prevista en la ley. Según este criterio, las penas privativas de libertad *“prescribirán en el tiempo máximo de la pena privativa de libertad prevista en el tipo penal más el cincuenta por ciento.”*
28. La proporcionalidad exige una referencia entre la infracción y la sanción. Esto quiere decir, por ejemplo, que si la infracción es leve, corresponde una sanción también leve; y, al contrario, si la infracción es grave, la sanción también debe ser mayor. En consecuencia, si a una infracción leve se pone una sanción grave, existirá desproporción.
29. La Presidencia ha manifestado que la proporcionalidad es una competencia de la Asamblea Nacional y que, en la aprobación de una norma, está incluido ya el análisis de proporcionalidad.<sup>19</sup> Efectivamente, el principio de proporcionalidad debe ser observado, en abstracto, por el legislador. De esta competencia, sin embargo, no se desprende automáticamente que hay proporcionalidad por la mera aprobación de una ley.
30. En los casos concretos al aplicar la ley, las personas con las competencias para imponer sanciones, sean estas penales, administrativas o de otra naturaleza, tienen también el deber de aplicar el principio de proporcionalidad.
31. El principio de proporcionalidad no se restringe a la relación entre infracción y pena. La proporcionalidad se aplica a todas las consecuencias que se derivan de la imposición de una pena, tales como en la apreciación de circunstancias que pueden modificar la pena (atenuantes o agravantes; por ejemplo, la atenuante de reparación en favor de la víctima, si es voluntaria, sería desproporcional si se exige una indemnización imposible de pagar de acuerdo con las condiciones económicas de la persona responsable de la infracción), la ejecución de la pena (lugar y modo de cumplir la pena; no tendría sentido, por ejemplo, por una infracción de tránsito ubicar a la persona condenada a privación de libertad en un lugar de máxima seguridad), y así también la prescripción de la pena.
32. El caso en el que se motiva la consulta proviene de un juicio penal por usurpación. La pena prevista, de acuerdo al COIP, es de seis meses a dos años.<sup>20</sup> De acuerdo con la ley, para el cálculo de la prescripción de la pena, se deberá utilizar como base del cómputo la pena máxima prevista en el tipo penal, es decir dos años, y adicionarle el cincuenta

<sup>18</sup> Código Penal de 1938, artículo 110; que se reproduce en el Código de 1971, artículo 107: *“Las penas privativas de la libertad, por delito, prescriben en un tiempo igual al de la condena...”*.

<sup>19</sup> Informe motivado de la Presidencia de la República, 20 de octubre de 2021. De dicho informe no se desprenden argumentos sobre la proporcionalidad de la norma consultada (art. 75.1 COIP), sino que se refiere a la norma que regula la extinción de la pena (Art. 72 del COIP).

<sup>20</sup> COIP, artículo 200, inciso primero.

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO No. 11-20-CN

Jurisprudencia



por ciento. En consecuencia, la pena para el tipo penal de usurpación prescribiría en tres años, sin importar la pena impuesta en el caso concreto.

33. En el caso se le impuso a la persona una pena de seis meses. De acuerdo con la ley vigente, su pena prescribiría en tres años. El problema se visibiliza cuando se piensa en la aplicación de la regla a penas mayores. Si la persona fuese condenada a dos años de privación de libertad, entonces su pena prescribiría igual en tres años.
34. La desproporción se aprecia cuando se hace un cálculo porcentual de la pena en cada caso. El tiempo para la prescripción de la pena (tres años), si es que la privación de la libertad es de seis meses, equivaldría a que debe transcurrir el 83.4% del tiempo de la pena máxima establecida en la ley para que opere la prescripción; si es que la pena es de dos años, equivaldría al transcurso de apenas el 33.4% del tiempo establecido en la ley para que prescriba la pena. En otras palabras, si la persona se le impone la pena mínima el tiempo de prescripción es de **seis** veces mayor a su pena; si se impone la pena máxima, la prescripción es de la **mitad** más de su pena.
35. La desproporcionalidad se puede apreciar, además, si se considera el tiempo adicional al de la condena que se debe esperar para que opere la prescripción. En el caso de una condena por usurpación por la pena mínima de 6 meses (100%), el tiempo adicional para que se cumplan los 36 meses (3 años) necesarios para que opere la prescripción es de 30 meses (500% de la pena original). Mientras que en el caso de una condena por la pena máxima de 24 meses (100%), el tiempo adicional para que se cumplan los 36 meses (3 años) es de 12 meses (50% adicional a la pena original), como se puede destacar en el siguiente cuadro:

Condena por delito de usurpación	Tiempo adicional a la condena necesario para que opere la prescripción (meses):	Tiempo adicional a la condena necesario para que opere la prescripción (%):
6 meses	30 meses	500%
24 meses	12 meses	50%

36. La desproporción de la pena, en el caso consultado, se evidencia en cualquier tipo penal. En los casos de penas mayores, el plazo de contabilidad de las penas se torna de igual modo desproporcionado.<sup>21</sup>
37. El tiempo de cálculo de prescripción de la pena, basado en el tipo penal y sin distinción alguna de la gravedad de la pena impuesta, es desproporcional entre la infracción y la

<sup>21</sup> Por ejemplo, la pena en el delito de estafa es de 5 a 7 años. Si se impone la pena de 5 años (60 meses) el tiempo adicional de la condena sería de 5.5 años (66 meses), que equivaldría a un 110%; si se impone la pena de 7 años (84 meses), el tiempo adicional de la condena sería de 3.5 años (42 meses), que equivaldría a un 50%.

Plazo de prescripción de la pena: 7 años (pena máxima) + 3,5 años (50% establecido en el art. 75.1 COIP) = 10,5 años.



## ECUADOR

SENTENCIA CASO No. 11-20-CN

Jurisprudencia



derivación de la prescripción en base a la pena impuesta. Lo dicho se hace latente con la pena mínima pero se produce en cualquier gradación posible de la pena que sea inferior a la máxima.

38. Por lo tanto, la norma penal para el cálculo de la prescripción atenta contra el principio de proporcionalidad.

ii) *La igualdad*

39. La Constitución reconoce, como parte de los derechos de libertad, el “[d]erecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.”
40. La Corte ha establecido que “*el concepto de igualdad, visto como un derecho constitucional, implica un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente entre otras situaciones.*”<sup>22</sup> En otras palabras, puede considerarse atentatorio al principio de igualdad si es que se trata de forma igual a quien está en diferente situación jurídica; así como también podría afectar este principio al tratar de forma diferente a quien está en igualdad de condiciones. Por ejemplo, el trato igualitario cuando las personas, por su identidad, exigen un trato diferente afecta a la igualdad (el trato igual descaracteriza); o, cuando se trata de forma igual a una persona que, por su situación económica o social, debe ser tratado diferente (recibir un bono de pobreza al contar con medios económicos para sobrevivir o tributar más por el nivel de sus ingresos).
41. La Presidencia sostiene que no aplica el principio de igualdad porque se trata de una diferenciación legislativa legítima entre quienes cumplen una pena y quienes la evaden. La presidencia, además, asume que el efecto de la norma es “aumentar” la pena de la persona condenada. La Corte considera que la relación no es entre quienes cumplen y evaden una pena, sino entre quienes tienen una pena menor y una mayor en cuanto a la norma de prescripción. Además, mediante las reglas de prescripción de la pena no se afecta de modo alguno la pena impuesta por el juzgador penal, por lo que la inferencia de la Presidencia de que se trata de una pena agravada no es pertinente.
42. En el caso, al aplicar la norma se da un trato igualitario a dos personas que están en diferente situación. El trato igualitario es aplicar el mismo plazo de prescripción a dos personas que tienen penas diversas. Ese trato igualitario acaba empeorando la situación de la persona que tiene una pena menor y favoreciendo a la persona que tiene una pena mayor. Esto sería, guardando las diferencias, como si a una persona que gana menos se le gravaría proporcionalmente más que a una persona que tiene un ingreso económico mayor. Este trato igual, cuando debería hacerse una diferencia, atentaría contra el principio de igualdad.
43. En el caso, la igualdad exige que quien tenga una pena leve tenga un plazo de prescripción proporcional a su pena y no peor al que tendría una persona con una pena mayor por el mismo delito.

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencias N. 6-17-CN/19, párrafo 27; N. 40-18-IN/21, párrafo 34.



## ECUADOR

SENTENCIA CASO No. 11-20-CN

Jurisprudencia



44. Por todas las razones, la norma penal que establece la prescripción basada en la pena prevista en el tipo penal, sin distinguir el tiempo de pena impuesto, podría afectar en su aplicación el principio y el derecho a la igualdad.

### V. Los efectos de la sentencia y respuesta a la consulta

45. La consulta, pese a presentarse en un proceso judicial concreto, aborda una situación general respecto a la compatibilidad de un artículo y numeral del COIP con la Constitución.<sup>23</sup>
46. La declaración de inconstitucionalidad de la norma consultada dejaría una laguna legal que desregularía la prescripción de la pena, lo cual no es conveniente para el sistema jurídico. En materia penal, además por el principio de legalidad, es fundamental la regulación legislativa. Sin embargo, mientras el legislador adecua la norma penal, la Corte debe adaptar la norma penal a la Constitución.<sup>24</sup>
47. La norma que establece el criterio para contabilizar la prescripción de la pena será proporcional a la pena impuesta mediante sentencia condenatoria más el cincuenta por ciento de la pena impuesta. Para el efecto, deberá eliminarse por inconstitucionales las palabras “*máximo*” y “*el tipo penal*”. En lugar de tipo penal se entenderá que el parámetro para el cálculo será la “*sentencia condenatoria*.”
48. En consecuencia, el numeral primero del artículo 75 del COIP establecerá:

*Prescripción de la pena.- La pena se considera prescrita de conformidad con las siguientes reglas:*

*1. Las penas restrictivas de libertad prescribirán en el tiempo de la pena privativa de libertad impuesta en **la sentencia condenatoria** más el cincuenta por ciento. (énfasis añadido)*

49. En materia penal, por el principio de favorabilidad, esta sentencia tendrá los efectos en el tiempo que fueren más favorables a las personas condenadas.<sup>25</sup> El principio de favorabilidad implica que las reglas futuras en materia penal, de carácter general, se aplicarán retroactivamente siempre que beneficien a la persona condenada o procesada. En este caso, se establece un criterio proporcional para la determinación de la

<sup>23</sup> LOGJCC, artículo 143.1. “*Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.*”

<sup>24</sup> LOGJCC, artículo 76 (5) “*Interpretación conforme.- Cuando exista una interpretación de la disposición jurídica que sea compatible con las normas constitucionales, no se declarará la inconstitucionalidad y en su lugar se fijará la interpretación obligatoria compatible con aquella. De igual modo, cuando una parte de una disposición jurídica la torne en su integridad inconstitucional, no se declarará la inconstitucionalidad de toda ella, sino que se invalidará la parte inconstitucional y dejará vigente la disposición así reformada.*”

<sup>25</sup> Constitución, artículo 76 (5). “*... En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*”



ECUADOR

SENTENCIA CASO No. 11-20-CN

Jurisprudencia



prescripción de la pena. En este sentido, la sentencia tiene efectos retroactivos a los casos que fueren aplicables.

50. El juez consultante, en el caso, si es que no hubiese resuelto aún la causa, deberá contabilizar el plazo de la prescripción de la pena en función de lo dispuesto en esta sentencia y de la regla establecida en el numeral anterior. Si el caso fue ya resuelto, se deja a salvo el derecho de la persona condenada para que haga efectivo las acciones y recursos disponibles en el sistema jurídico.

### VI. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, al responder las consultas de norma por parte de la jueza y el juez consultantes, dispone:

1. Declarar la inconstitucionalidad de las palabras “*máximo*” y “*el tipo penal*” del artículo 75 (1) del Código Orgánico Integral Penal<sup>26</sup>.
2. El artículo 75 (1) del COIP, hasta que la Asamblea Nacional no adecúe la norma a esta sentencia, dirá:

*Prescripción de la pena.- La pena se considera prescrita de conformidad con las siguientes reglas:*

*1. Las penas restrictivas de libertad prescribirán en el tiempo de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria más el cincuenta por ciento.*

3. El juez consultante, si no hubiese resuelto el pedido de prescripción de la pena, deberá contabilizar el plazo de la prescripción de la pena en función de lo dispuesto en esta sentencia y de la regla establecida en el numeral anterior.
4. Esta sentencia se aplicará, en el tiempo, a todos los casos en los que fuere favorable a la persona condenada.
5. La Defensoría Pública, en el plazo de seis meses, enviará un proyecto de ley que adecúe la norma a lo establecido en esta sentencia. La Asamblea Nacional deberá conocer y aprobar la reforma normativa en el plazo máximo de un año contado a partir de la recepción del proyecto. La Defensoría Pública y la Asamblea informarán a la Corte sobre el cumplimiento de esta sentencia al vencer los plazos establecidos.

<sup>26</sup> LOGJCC, artículo 95 “*Efectos de la sentencia en el tiempo.- Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro...*”; y, artículo 139 “*Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.- Por regla general, la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos normativos y administrativos de carácter general tendrá efectos hacia el futuro.*”

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO No. 11-20-CN

Jurisprudencia



6. Notifíquese y publíquese.

LUIS HERNAN  
BOLIVAR  
SALGADO  
PESANTES  
Dr. Hernán Salgado Pesantes  
**PRESIDENTE**

Firmado digitalmente por  
LUIS HERNAN BOLIVAR  
SALGADO PESANTES  
Fecha: 2021.12.10  
09:09:44 -05'00'

**Razón:** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con siete votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez (voto concurrente), Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; y, dos votos en contra de los Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce y Enrique Herrería Bonnet; en sesión ordinaria de miércoles 10 de noviembre de 2021.- Lo certifico.

AIDA  
SOLEDAD  
GARCIA  
BERNI  
Dra. Aída García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**

Firmado digitalmente  
por AIDA  
SOLEDAD  
GARCIA BERNI



ECUADOR

SENTENCIA CASO No. 11-20-CN

Jurisprudencia



## SENTENCIA No. 11-20-CN/21

## VOTO CONCURRENTENTE

Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez

1. Con fundamento en el artículo 92 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”), formulo respetuosamente voto concurrente de la sentencia No11-20-CN/21, de acuerdo con las razones que expongo a continuación:
2. La sentencia de mayoría, en su análisis constitucional, sostuvo que “[l]a norma consultada es una norma penal. La Constitución reconoce que, por el principio de reserva de ley, la Asamblea Nacional tiene competencia para tipificar las infracciones y establecer las penas. Lo anterior, guarda estrecha relación con el principio constitucional de legalidad que es una garantía del debido proceso”.<sup>1</sup>
3. Con respecto a lo transcrito, la suscrita jueza considera que en el fallo de mayoría debió haberse abordado de manera integral el contenido del principio de reserva ley, particularmente, en lo que refiere a su naturaleza y tipología. Así, debió precisarse que, en materia penal, la reserva de ley como garantía del debido proceso, garantiza que nadie “pueda ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley” (Art. 76.2 CRE). De lo que se colige que la CRE bajo la garantía de la reserva de ley garantiza que la determinación de los tipos penales (*nullum crimen sine lege*) y del sistema de penas (*nulla poena sine lege*) sea una competencia exclusiva del legislador, de conformidad con el trámite formal previsto en la Constitución para la configuración de leyes.
4. En desarrollo de este principio, la Corte IDH ha establecido que la reserva de ley engendra dos garantías: una de naturaleza formal, concerniente al proceso de formación de ley, y otra de naturaleza material, referente a la concreción y claridad de la norma:

*“(...) la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal. Esta reserva de ley implica, en primer lugar, una garantía formal, en el sentido de que toda restricción de la libertad debe emanar de una “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de leyes”. Pero también implica, en segundo lugar, un aspecto material, el principio de tipicidad que obliga a los Estados*

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. 11-20-CN/21, párr. 17.



## ECUADOR

SENTENCIA CASO No. 11-20-CN

Jurisprudencia



*a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. (...)”.*<sup>2</sup>

[Énfasis añadido]

5. Ahora bien, es importante determinar que la Corte IDH no ha limitado la reserva de ley a la configuración de tipos penales, sino la ha extendido a todos los actos que produzcan la limitación del derecho a la libertad personal, tales como, medidas precautorias personales, aprehensiones, detenciones temporales, regímenes de cumplimiento de penas, entre otros.
6. Sobre la garantía material de la reserva de ley, o principio de tipicidad la Corte IDH de forma específica ha señalado que:

*“La elaboración correcta de los tipos penales deberá cuidar siempre definiciones claras de las conductas incriminadas, que fijen sus elementos objetivos y subjetivos de modo que permita deslindarlas de comportamientos no punibles o de otras conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y nítida que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor pues, de no ser así, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste”.*<sup>3</sup>

7. En resumen, con base en lo expuesto, se tiene que el principio de reserva de ley contiene dos garantías, (i) una de naturaleza formal, que garantiza que toda limitación al derecho a la libertad, lo que incluye el establecimiento de tipos penales y penas, haya obedecido el trámite de configuración legislativa correspondiente; y (ii) otra de naturaleza material, que manda que los tipos penales, penas y demás normas que puedan limitar la libertad de las personas se encuentren establecidos en los cuerpos legales de forma expresa, precisa, taxativa y previa.
8. Ahora bien, tal como quedó en evidencia, en el artículo 76.2 de la CRE el principio de reserva ley en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha sido configurado obedeciendo un carácter sustantivo centrado en el establecimiento de tipos y sanciones penales: “*nullum crimen sine lege et nulla poena sine lege*”. Por tanto, aquellas reglas que conciernen a efectos netamente adjetivos, como las que regulan los procedimientos de enjuiciamiento penal podrían ser determinadas por otros órganos estatales con competencias normativas, como la Corte Nacional de Justicia a la cual el artículo 185 de la CRE le reconoce la facultad de emitir resoluciones de jurisprudencia obligatoria.

<sup>2</sup> Corte IDH. Caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C No. 410, párr. 79.

<sup>3</sup> Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319, párr. 219.



## ECUADOR

SENTENCIA CASO No. 11-20-CN

Jurisprudencia



9. Sin perjuicio de lo dicho, el respeto de la garantía del debido proceso de ser juzgado en “observancia del trámite propio de cada procedimiento” (art. 76.3 CRE) y del derecho a la seguridad jurídica (art. 82 CRE) exigen que las reglas de enjuiciamiento penal, si bien no necesariamente deben encontrarse sancionadas en una norma legal, sí deben estar contempladas en otros cuerpos normativos de forma previa a la sustanciación de los procesos penales, y con propiedades de claridad y publicidad.
10. Finalmente, en lo relativo a la competencia para crear, modificar o eliminar del ordenamiento jurídico normas penales relacionadas a la determinación de tipos o sanciones penales, la suscrita jueza constitucional considera necesario dejar por sentado que, de forma general, la misma es una competencia exclusiva de la Asamblea Nacional, no correspondiéndole a la Corte Constitucional suplir o ejercer concurrentemente dicha competencia en la resolución de los casos puestos a su conocimiento; esto, debido a que es la Función Legislativa la principal encargada de incentivar y conocer el “*debate democrático con participación de sectores de la ciudadanía y poderes del Estado*”.<sup>4</sup>
11. Empero dicho “debate democrático” es esencialmente necesario cuando se haya que “*dirimir las tensiones que se han puesto de manifiesto*”<sup>5</sup> entre los valores, principios o derechos involucrados en un ámbito o materia que se busca regular. Por consiguiente, en aquellas materias o situaciones donde no exista una “tensión manifiesta” entre valores, principios o derechos, sin perjuicio de las competencias reconocidas a la Asamblea Nacional, la Corte Constitucional en ejercicio de su competencia de control e interpretación constitucional, puede modular, modificar o expulsar tipos penales que se reflejen una incompatibilidad manifiesta con las normas constitucionales.
12. Por las consideraciones expuestas, respetuosamente presento este voto concurrente.

HILDA TERESA  
NUQUES  
MARTINEZ

Firmado digitalmente  
por HILDA TERESA  
NUQUES MARTINEZ  
Fecha: 2021.12.10  
10:44:47 -05'00'

Teresa Nuques Martínez  
JUEZA CONSTITUCIONAL

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados. Voto salvado de la Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez, párr. 38.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

**ECUADOR**

SENTENCIA CASO No. 11-20-CN

Jurisprudencia



**Razón.-** Siento por tal que el voto concurrente de la Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez, en la causa 11-20-CN, fue presentado en Secretaría General, el 24 de noviembre de 2021, mediante correo electrónico a las 20:57; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

AIDA  
SOLEDAD  
GARCIA  
BERNI

Firmado  
digitalmente  
por AIDA  
SOLEDAD  
GARCIA BERNI

Dra. Aída García Berni

**SECRETARIA GENERAL**



**URUGUAY**

---

**BLODEPM**

Bloque de Defensores Públicos  
Oficiales del Mercosur

---



**URUGUAY**  
CASO 809/2021  
Fallos Remitidos

## FALLO REMITIDO

<b>País</b>	República Oriental del Uruguay
<b>Tribunal</b>	Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er Turno
<b>Materia</b>	Derecho de Ejecución Penal
<b>Intervino La Defensoría Pública Oficial</b>	Si
<b>Datos del Defensor/a Público y Defensoría que intervino</b>	Defensora Pública Dra. Lucía Long
<b>Derechos involucrados</b>	Libertad, Libertad a prueba

**Breve relación de los hechos** Por sentencia N° 15/2021 se condenó a AA como autor de un delito de hurto especialmente agravado a la pena de 12 meses de prisión, imponiéndose régimen de libertad a prueba con las siguientes obligaciones:

- 1- Que resida en un lugar específico donde pueda ser posible la supervisión por Osla;
- 2- Sujeción a la orientación y vigilancia permanente de dicha oficina;
- 3- Presentarse una vez por semana a la seccional de su domicilio; y,
- 4- Trabajo comunitario en régimen de cuatro horas diarias por tres meses.

Dichas obligaciones no fueron cumplidas y en función de ello, y ante la solicitud de revocación del régimen de libertad a prueba por parte de la Fiscalía, la Sede a quo dispuso en su lugar la intensificación de las medidas, lo que diera mérito a la apelación de la Fiscalía.

### RESULTANDO

1) La hostilizada Res. 1087/2021 dispuso: “Mantener lo dispuesto por Sentencia Nro. 15/2021, modificando:

1a- la presentación del Sr. AA a la Seccional correspondiente a su domicilio dos (2) veces por semana.

1b-Trabajo comunitario que realizará por ocho (8) horas semanales (por un período de seis (6) meses)...” (fs. 2/2 vto.).

Por lo cual Ministerio Público interpone recurso de apelación en contra de referida resolución



**URUGUAY**  
CASO 809/2021  
Fallos Remitidos

<b>Fundamentos de Derecho</b>	Art. 295 bis del CPP en la redacción dada por la Ley 19.889
<b>Contexto social y económico del caso</b>	Persona sin hogar, persona de escasos recursos económicos.
<b>Instancia procesal en la que se emite la sentencia / fallo</b>	Tribunal Apelaciones Penal
<b>Instrumento y/o criterio internacional invocado</b>	No aplica
<b>Medidas de reparación integral adoptadas</b>	No aplica
<b>Sentencia/Fallo</b>	Sentencia 809/2021 del 16 de diciembre de 2021, por cuyos fundamentos, y lo previsto en las normas citadas, el Tribunal resuelve: Confírmase la recurrida.
<b>Votación por la que fue adoptada</b>	Votación del Tribunal por parte de los Ministros Dra. Graciela Gatti Santana, Dr. Sergio Torres Collazo y Dr. Alberto Reyes Oheninger.
<b>Votos concurrentes o disidentes:</b>	Votos concurrentes: no aplica Votos disidentes: no aplica
<b>Otros datos de interés:</b>	<a href="http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=799400">http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=799400</a>

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 809/2021

Jurisprudencia

**Sentencia 809/2021.**

**VISTOS** para interlocutoria de segunda instancia estos autos: “**AA. UN DELITO DE HURTO ESPECIALMENTE AGRAVADO- TESTIMONIO IUE: 591-323/2021**” (IUE 591-323/2021); venidos del Juzgado Letrado de Durazno de 4º Turno, en virtud del recurso interpuesto por el M. Público, representado por la Dra. Bárbara Zapater, contra la Res. 1087/2021, dictada por la Dra. Patricia Hornes, con intervención de la **Defensa Pública, Dra. Lucía Long**.

**RESULTANDO**

I) La hostilizada **Res. 1087/2021** dispuso: “*Mantener lo dispuesto por Sentencia Nro. 15/2021, modificando:*

*1a- la presentación del Sr. AA a la Seccional correspondiente a su domicilio dos (2) veces por semana.*

*1b-Trabajo comunitario que realizará por ocho (8) horas semanales (por un período de seis (6) meses)...” (fs. 2/2 vto.).*

II) El Ministerio Público interpuso recurso de apelación contra la referida Resolución (fs. 4/6 vto.), el cual fundamentó en que: la Sentencia impugnada causa agravio en la medida que no revoca un beneficio dispuesto oportunamente en clara contravención a lo dispuesto por el artículo 295 bis del CPP. El novel instituto de “libertad a prueba” incorporado por la Ley 19.889, deroga expresamente el instituto anterior de libertad vigilada, Ley 19.831. Asimismo, esta última norma derogaba expresamente el instituto regulado por la Ley 19.446 el cual recogía la libertad vigilada y vigilada intensiva y posibilitaba a través de su artículo 12 intensificar las medidas en casos de incumplimientos. Ni el régimen anterior a Ley 19.831 y menos aún el régimen actual, artículo 295 bis, permiten al Juez intensificar medidas, por lo que lo resuelto con el Decreto que se impugna no cuenta con respaldo legal



URUGUAY

SENTENCIA CASO 809/2021

Jurisprudencia

alguno. En el caso que nos ocupa, el condenado no cumplió ni una de las condiciones impuestas en la sentencia de, autos, ni siquiera el deber de fijar domicilio y comunicar cualquier cambio ya que expresamente, por triste que sea, el mismo en audiencia manifestó no vivir más en ese lugar desde hace más de 2 meses estando en situación de calle. Asimismo al preguntarle porque no había ido a la seccional ni una vez desde febrero a la fecha, manifestó que pensaba que lo iban a ir a buscar para firmar. En cuanto al trabajo comunitario y el cometimiento a la Oficina de Seguimiento de Libertad Asistida, estos manifestaron que no hubo contacto con el condenado. Pese a que se constató en audiencia con la declaración del condenando todo lo que surgía informado por los referentes organismos, la Sede dispuso el incremento de las medidas y no la revocación del beneficio pese a que los incumplimientos son graves. El condenado no cumplió ni un solo día de su condena, la cual fue dictada en febrero de este año, esto es hace casi 7 meses, surgiendo claramente que no desea aprovechar el beneficio de poder cumplir con la condena en libertad, lo que a juicio de esta Fiscalía es un incumplimiento grave que amerita la revocación.

**III) Al evacuar el traslado (fs. 8/12) la Defensa Pública, Dra. Lucía Long expresó que:** en efecto, se reclama que el Sr. AA incumplió con su obligación de fijar domicilio. En audiencia se explicó (y fue interrogado incluso por la Sede el propio penado, para tener mejor conocimiento de los hechos), que el Sr. AA se retiró durante un mes de su domicilio por un altercado familiar con su hermano, y al no tener otro domicilio en el cual resguardarse, pasó a estar en situación de calle. Evidentemente esto no puede haber sido algo querido por AA, sino que fueron circunstancias de la vida que no se eligen y sobre las que poco pudo hacer, es decir, es una causal de fuerza mayor. Entender que esto puede suponer un incumplimiento grave, de acuerdo a lo requerido por la ley, es una forma de criminalizar la pobreza que no tiene ningún sustento. Además, no se ha señalado que el hecho de haberse retirado hubiera impedido el seguimiento

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 809/2021

Jurisprudencia

de parte de la OSLA, que es en definitiva la razón de ser de la fijación de domicilio. Por otro lado, se reclama la falta de firma en la Comisaría. Sobre este punto también fue indicado e interrogado por parte de la Sede, explicando que en su oportunidad, entendió que alguien se comunicaría con él para indicarle cómo hacerlo. Si bien esta defensa es consciente que en audiencia (y fuera de audiencia) se le explica al imputado cómo debe cumplir cada condición impuesta, no menos cierto es que no es inverosímil que pueda haberse equivocado o confundido, por su primariedad y (nuevamente) por no haber sido contactado en forma posterior por las autoridades competentes. De todas formas, no consideramos que se trate de un incumplimiento grave, como lo requiere la ley. Pese a encontrarse en esa situación, AA no volvió a cometer delito (su imputación anterior refiere a un único delito y antes, evidentemente, era primario absoluto); sino que haber atravesado por un proceso penal tuvo un efecto - en él, como forma de prevención especial negativa. Esto es un elemento considerado por la Sede de primera instancia y deberá también ser considerado así por el Tribunal. De lo contrario, someteríamos a un joven a una pena privativa de libertad, cuando a todas luces se demuestra que ha hecho todos los intentos posibles para rehabilitarse, aún sin haber tenido el acompañamiento obligatorio que debió hacer el Estado. En efecto, para considerar que existe un incumplimiento grave y, en consecuencia, revocar un régimen de libertad a prueba, tiene que existir dolo en la conducta, una intención deliberada de desoír el mandato judicial, de burlarse de las medidas impuestas, lo que no ha ocurrido en el caso, en el que es necesario considerar se adición a los estupefacientes y sus problemas familiares que no dan cuenta de un individuo que deliberadamente resolvió desobedecer el mandato judicial. En cuanto al agravio deducido por la Fiscalía, que señala, en definitiva, que la Sra. Jueza Letrada se apartó de la norma al intensificar las medidas, lo que no se encuentra previsto en la legislación vigente, no comparte esta postura, que refleja una discusión que ya se propició en vigencia de la Ley 19.831 y que ha sido resuelta favorablemente por doctrina y jurisprudencia.



URUGUAY

SENTENCIA CASO 809/2021

Jurisprudencia

**IV)** Por Res. N° 1211 de fecha 24.09.2021 (fs. 13), el *A-quo* franqueó la Alzada, sin efecto suspensivo. Recibidos los autos, se citó para sentencia, que se acordó, previo pasaje a estudio.

### **CONSIDERANDO**

**I)** Que se habrá de confirmar la impugnada por no considerarse de recibo los agravios formulados en su contra.

**II)** Según surge del sistema de gestión ( y se observa que no se incorporó a esta pieza) por sentencia N° 15/2021 se condenó a AA como autor de un delito de hurto especialmente agravado a la pena de 12 meses de prisión imponiéndosele el régimen de libertad a prueba con las siguientes obligaciones: 1- que resida en un lugar específico donde pueda ser posible la supervisión por Osla; 2- Sujeción a la orientación y vigilancia permanente de dicha oficina; 3- presentarse una vez por semana a la seccional de su domicilio y 4-trabajo comunitario en régimen de cuatro horas diarias por tres meses.

Dichas obligaciones no fueron cumplidas, lo que no resulta ser un hecho controvertido y en función de ello, y ante la solicitud de revocación del régimen de libertad a prueba, la Sede *a quo* dispuso en su lugar la intensificación de las medidas, lo que diera mérito a la apelación de la Fiscalía.

**III)** Pues bien, la Sala habrá de concordar con lo resuelto en el anterior grado.

En efecto, y si bien es cierto - y de hecho no se cuestiona- que el imputado abandonó el domicilio y pasó a situación de calle y no compareció a la seccional, no se advierten razones suficientes para revocar el beneficio otorgado en su momento, siendo además admisible la solución adoptada por la Sra. Jueza *a quo*.

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 809/2021

Jurisprudencia

Ello en tanto el incumplimiento no puede ser calificado de grave si es analizado en su contexto, esto es, el de un individuo que no tiene donde vivir, pues por problemas con su hermano debió dejar el domicilio donde moraba y pasar a situación de calle, y al que, más allá de que se le haya explicado la obligación de comparecer a la Seccional, en su contexto personal explicitado en audiencia, sin apoyo ni contención familiar y adicto a los estupefacientes, es razonable considerar que pudo pensar que debía aguardar alguna acción por parte del Estado, lo que tampoco es tan alejado de la realidad, pues la OSLA debió haber diseñado el plan de intervención y procurado controlar y vigilar al condenado, tal como la ley lo prevé, cosa que por otra parte, no se hizo.

Ante este panorama, disponer de plano la revocación, no parece la solución más razonable pues los incumplimientos verificados pueden ser enmendados y no se advierten de gravedad.

Como lo señalara la Sala en Sentencia 472/2021, si bien referida a la libertad vigilada ex Ley 19.831 pero en conceptos trasladables al caso de autos: "En caso de incumplimiento de alguna de las medidas impuestas, la Fiscalía podrá, valorando las circunstancias del caso, solicitar al tribunal la revocación del beneficio, privando de la libertad al condenado por el saldo restante de la pena". Y agrega: "La violación grave del régimen de libertad vigilada deberá dar lugar a su revocación inmediata, sin necesidad de contar con la aquiescencia, vista previa o audiencia de la Fiscalía (artículo 287 del Código del Proceso Penal). Se considerará violación grave, entre otras, la existencia de una formalización posterior (artículo 266.6 in fine del Código del Proceso Penal)". De su texto se advierte -sin necesidad de tener que realizar un mayor esfuerzo- que el concepto rector parte de establecer un sistema donde quede desterrada la idea que cualquier incumplimiento constatado del penado, pueda dar lugar a su ingreso al sistema carcelario, buscando eliminar, en la medida de lo posible, los perniciosos efectos de la Cárcel. En ese sentido es que impone a los operadores la obligación de valorar las "circunstancias" de cada caso concreto, para recién



a partir de allí, a solicitud de la Fiscalía, estar en condiciones privar de su "libertad al condenado por el saldo restante de la pena".-

**IV)** Por otra parte, si bien es cierto que la Ley 19.889 no hace mención a la posibilidad de intensificar las medidas si establece un distingo entre incumplimientos e incumplimientos graves, donde la revocación procede aún de oficio. Por lo tanto es evidente que en supuestos de incumplimientos no graves es posible no revocar la libertad. Y si ello es así, con más razón es posible intensificar las medidas lo que supone un mayor y mejor control de la situación para enervar potenciales incumplimientos futuros que puedan dar lugar a la revocación.

Como lo señalara Sahiana Sena: *“De una primer lectura, la norma pareciera prever a la privación de libertad como única consecuencia posible, ya sea, en supuestos «...de incumplimiento de alguna de las medidas impuestas» como en supuestos de «...violación grave del régimen de libertad a prueba», realizando la única puntualización distintiva entre un supuesto y otro, respecto de la facultad del juez habilitado para disponerla de oficio o a instancia de la petición fiscal.*

*En esta línea interpretativa, claramente restrictiva, la atención legislativa estaría dirigida solamente a regular si el juez de ejecución, ante las hipótesis que enmarcaran en los supuestos de 1o y 2o, y por otra parte, aquellas comprendidas en los supuestos de incumplimiento grave, se encuentra facultado para revocar la probation de oficio, o si por el contrario requiere requisitoria fiscal en tal sentido.*

*Este razonamiento parecería atribuir una consideración simplificadora y superflua de los fundamentos que subyacen en los regímenes de semilibertad y desconoce a todas luces, las normas internacionales ratificadas por nuestro país en la materia.*

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 809/2021

Jurisprudencia

*La solución que se pregona, radica en ampliar el elenco de alternativas que la norma en cuestión ofrece, reconociendo en la función jurisdiccional, la facultad de intensificar condiciones de cumplimiento de medidas de libertad a prueba, reservando la gravosa consecuencia del cumplimiento del saldo de pena en privación de libertad, para aquellos supuestos de incumplimiento grave....” (Incumplimiento “No grave” al régimen de libertad a prueba en la regulación del nuevo art. 295 bis del CPP, LEY 19.889, en Estudios Sobre el CPP, Tomo II, FCU. pág. 415).*

Siendo así, y desde que lo resuelto no se opone a la regulación del instituto y además resulta ajustado al caso y adecuado al contexto del mismo, corresponde confirmar la impugnada.

**POR CUYOS FUNDAMENTOS, y lo previsto en las normas citadas, EL TRIBUNAL; RESUELVE:  
*CONFÍRMASE LA RECURRIDA. COMUNÍQUESE Y DEVUÉLVASE.***

**Dra. Graciela Gatti Santana. Ministra**

**Dr. Sergio Torres Collazo. Ministro**

**Dr. Alberto Reyes Oheninger. Ministro**



## FALLO REMITIDO

<b>País</b>	República Oriental del Uruguay
<b>Tribunal</b>	Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Tercer Turno
<b>Materia</b>	Derecho Procesal Penal
<b>Intervino La Defensoría Pública Oficial</b>	Si
<b>Datos del Defensor/a Público y Defensoría que intervino</b>	Defensora Pública Dra. Viviana REYES
<b>Derechos involucrados</b>	Debido Proceso. Admisibilidad de medios probatorios. Exclusión temática en Pericia Psicológica. Inadmisibilidad de informes documentados en soporte material de las pericias psicológica y psiquiátrica realizadas al imputado.
<b>Breve relación de los hechos</b>	<p>AA es acusado por una presunta comisión en calidad de autor de un delito de homicidio especial y muy especialmente agravado por tratarse la víctima de su concubina y por femicidio, en reiteración real con un delito de violación de domicilio agravado en concurrencia fuera de la reiteración con un delito de daño agravado, reiterados delitos de violencia privada agravados y un delito de resistencia al arresto.</p> <p>La Fiscalía pretende ingresar medios probatorios en el curso de la audiencia de control de acusación regulada en el artículo 268 Código de Proceso Penal, que son recurridos por la Defensora Pública en tanto el informe escrito de una pericia, si bien puede resultar necesario para el control de admisibilidad y eventualmente, de credibilidad de la declaración del Perito, no puede ofrecerse para ser incorporado como prueba, documental ni pericial, ni siquiera mediante lectura o ratificación del mismo en audiencia.</p>
<b>Fundamentos de Derecho</b>	Código de Proceso Penal artículos 12, 158, 178, 268 y 271.
<b>Contexto social y económico del caso</b>	No se especifica
<b>Instancia procesal en la que se emite la sentencia / fallo</b>	Segunda Instancia :Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Tercer Turno
<b>Instrumento y/o criterio internacional invocado</b>	No aplica
<b>Medidas de reparación integral adoptadas</b>	No aplica
<b>Sentencia/Fallo</b>	Sentencia 670/2021 dictada el 27 de octubre de 2021



**URUGUAY**  
CASO 670/2021  
Fallos Remitidos

Confírmase la Resolución No. 1627/2021 dictada el 29 de setiembre de 2021, salvo en cuanto admite el informe producido por la Unidad de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación y la pericia psicológica y la pericia psiquiátrica efectuadas al acusado, documentadas en soporte material, que se revocan en el grado y no se admiten. Confírmase la Resolución No. 1631/2021 dictada el 29 de setiembre de 2021.

**Votación por la que  
fue adoptada**

Unanimidad:  
Dr. Julio OLIVERA NEGRIN. MINISTRO  
Dr. Pedro SALAZAR DELGADO. MINISTRO  
Dr. José Maria GOMEZ FERREYRA. MINISTRO

**Votos concurrentes  
o disidentes:**

**Votos concurrentes:**  
**Votos disidentes**

**Otros datos de interés:**

<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?-cid=799494>



URUGUAY

SENTENCIA CASO 670/2021

Jurisprudencia

**Sentencia 670/2021**

**VISTOS** Para sentencia interlocutoria de segunda instancia estos autos caratulados: “AA. PRESUNTA COMISIÓN EN CALIDAD DE AUTOR DE UN DELITO DE HOMICIDIO ESPECIAL Y MUY ESPECIALMENTE AGRAVADO POR TRATARSE LA VÍCTIMA DE SU CONCUBINA Y POR FEMICIDIO, EN REITERACIÓN REAL CON UN DELITO DE VIOLACIÓN DE DOMICILIO AGRAVADO EN CONCURRENCIA FUERA DE LA REITERACIÓN CON UN DELITO DE DAÑO AGRAVADO, REITERADOS DELITOS DE VIOLENCIA PRIVADA AGRAVADOS Y UN DELITO DE RESISTENCIA AL ARRESTO. (TESTIMONIO DE IUE: 2-36621/2020). DEFENSA APELA INTERLOCUTORIAS N° 1627 y 1631” (IUE 259-306/2021), venidos a conocimiento de este Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Tercer Turno en virtud de los recursos de apelación interpuestos contra las Resoluciones N° 1627 y 1631, dictadas el 29 de setiembre de 2021 por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Florida de 1° Turno, Dra. Lorena GARCÍA RODRÍGUEZ.-

Intervinieron en estos procedimientos en representación del Ministerio Público la Fiscalía Letrada Departamental de Florida de 2° Turno a cargo de las Dras. Alicia GÓMEZ, Cecilia PELUSSO y Magela URSE, y **la Señora Defensora Pública Dra. Viviana REYES.**

**RESULTANDO**

I.- Que en audiencia de control de acusación celebrada el 29 de setiembre de 2021 en los autos IUE 2-36621/2020, la Señora Juez tuvo por admitida la prueba documental ofrecida por la Fiscalía, que detalla en 11 numerales (Decreto N° 1627/2021, pista 5, minuto 13.24-21.03).

II.- Contra dicha providencia se alzó la Defensa interponiendo recursos de reposición y apelación (6, minuto 21.07), por los fundamentos expuestos en

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 670/2021

Jurisprudencia

oportunidad de oponerse a los referidos medios probatorios. Respecto a la prueba pericial cita la sentencia N° 428/2021 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. Turno: "...en suma, el informe escrito de una pericia, si bien necesario para el control de admisibilidad y eventualmente, de credibilidad de la declaración del perito, no puede ofrecerse para ser incorporado como prueba, documental ni pericial, ni siquiera mediante lectura o ratificación del mismo en audiencia: "El principio de inmediación posee entre otros derivados el que el tribunal pueda conocer en forma directa y personal la prueba que servirá de base para tomar una determinada decisión, garantizando de esta forma un contacto intenso y exhaustivo sobre la información que puede ser usada en su resolución judicial. Ello está ligado a la necesidad de que la prueba de testigos y peritos se traduzca en la declaración directa y personal del testigo o perito en la fase de juicio y no la declaración escrita del mismo o un acta que la sustituye".

III.- Conferido traslado del recurso al Ministerio Público (Pista 6, minuto 22.23), lo evacuó abogando por el mantenimiento de la resolución recurrida. La prueba documental así como las pericias, son pruebas permitidas por el ordenamiento, son manifiestamente pertinentes y la Defensa tuvo acceso a las mismas. No son sobreabundantes, ni dilatorias. Por ende, deben admitirse porque así es como los peritos introducen su informe. Considera que ninguno de los elementos pueden prescindirse. Cada medio probatorio resulta de importancia. La prueba documental no es ilegal para probar en el juicio los graves ilícitos que se reclaman. Esa prueba será de calidad y va a permitir al Juez de Juicio tener todos los elementos para alcanzar un fallo condenatorio. Prescindir de prueba limitará las posibilidades del Juez de acceder a una información de calidad a la hora de decidir. En la contestación de la acusación si bien la Defensa no controvertió los hechos tampoco se allanó a la acusación, siendo responsabilidad de la Fiscalía probar lo alegado durante el desarrollo del Juicio, en definitiva, probar la responsabilidad del imputado quien debe contar con todas las



URUGUAY

SENTENCIA CASO 670/2021

Jurisprudencia

garantías y la plena prueba para ser condenado y conceder la certeza que requiere el art. 142 del NCPP.

IV.-Por Resolución N° 1629/2021 (pista 6, minuto 24.14) no se hizo lugar al recurso de reposición manteniéndose la interlocutoria dictada, y tuvo por interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria dictada en la presente audiencia y de conformidad en lo establecido en el art. 365 del CPP, franqueó el mismo sin efecto suspensivo para ante el Tribunal de Apelaciones en lo Penal que por Turno corresponda al cual se remitirá en el plazo de 48 horas pieza.

V.- Asimismo, la Señora Juez “a-quo” no hizo lugar a las observaciones formuladas por la Defensa, admitiendo la prueba pericial ofrecida por la Fiscalía, que individualiza del numeral primero al cuarto (Decreto N° 1631/2021, pista 7 minuto 13.45, minuto 20.30).

VI.- Contra dicha providencia también se alzó la Defensa interponiendo recurso de reposición y apelación (pista 7, minuto 20.33), expresando que se remitía a los fundamentos ya expuestos.

VII.-Conferido traslado del recurso al Ministerio Público (Pista 7, minuto 20.52), lo evacuó abogando por el mantenimiento de la resolución recurrida. Las pericias son únicas y no pueden dividirse. La defensa no tiene la capacidad técnica para establecer que es lo que procede o no. Ello corresponde a una etapa posterior de valoración de la prueba por parte del Juez de Juicio. La defensa incluso va a tener la posibilidad del contrainterrogatorio. Todas las pericias se realizan sin la presencia de la Defensa ni del Ministerio Público. Los informes psicológicos y psiquiátricos son pruebas legales, pertinentes y conducentes.



**URUGUAY**  
SENTENCIA CASO 670/2021  
Jurisprudencia

Reitera que prescindir de la prueba limitará las posibilidades del Juez de acceder a una información de calidad a la hora de decidir e incluso para que el imputado pueda contar con las garantías y la plena prueba para ser condenado.

VIII.-Por Resolución N° 1632/2021 (pista 7, minuto 22.04) no se hizo lugar al recurso de reposición manteniéndose la interlocutoria dictada, y se tuvo por interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria dictada. De conformidad con lo establecido en el art. 365 del CPP, franqueó el mismo sin efecto suspensivo para ante el Tribunal de Apelaciones en lo Penal que por Turno corresponda al cual se remitirá la pieza correspondiente en el plazo de 48 horas.

IX.-Llegados los autos al Tribunal se asumió competencia, pasando a estudio por su orden. Se acordó sentencia interlocutoria en legal forma, procediendo al dictado de la presente decisión anticipada por configurar los requisitos del art. 200.1 del CGP.

**CONSIDERANDO:**

I.- Que desde el punto de vista adjetivo los recursos interpuestos eran los que legalmente correspondían, lo fueron en tiempo y forma, respetándose en su tramitación todas las garantías del debido proceso acorde a lo previsto en el art. 365 NCPP.

II.- Que desde lo sustancial y por una cuestión metodológica la Sala habrá de analizar por separado las resoluciones atacadas, de acuerdo al orden cronológico de la mismas.

Pero a los efectos de contextualizar someramente tales providencias, se dirá que las mismas se dictan en el curso de la audiencia de control de acusación regulada en el artículo 268 NCPP.



Y como ha señalado reiteradamente este Cuerpo Colegiado dicha audiencia está estructurada para el descubrimiento (“discovery”) de la prueba integrada a la carpeta investigativa de las partes, no es la oportunidad para averiguar, sino para examinar la prueba ofrecida que dispone en principio la Fiscalía, la Defensa y eventualmente la víctima. En ese contexto el Juez de garantías, interviniente en esta etapa intermedia, es llamado a expedirse sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida, en función de estándares de descubrimiento que tomarán como baremo la relevancia de acceso a la información para que las partes puedan preparar -sin sorpresa- la confrontación en juicio. Se trata entonces de depurar la calidad de la información que en definitiva permitirá obtener juicios de calidad y mejores fallos.

### **III.- RESOLUCIÓN Nº 1627/2021.**

La Fiscalía al deducir acusación dentro de la prueba documental ofreció:

“...2.8 Siete Novedades Policiales de Violencia Doméstica y Desacato Nros. 2958001, 3642775, 3796253, 5643107, 5852984 y 9548488, los que serán introducidos con el testimonio de la Crio. Andrea Castro.

2.9 Informe producido por la Unidad de Víctimas y Testigos de la FGN, respecto a la intervención que tuvo con los vecinos víctimas de los hechos y los menores hijos de la occisa, el que será introducido por la Lic. Natalia Riso....”

“... 2.11 Pericia Psicológica realizada al imputado, cuyo informe ser introducirá conjuntamente con el testimonio de la perito Lic. BB.

2.12 Pericia Psiquiátrica efectuada al imputado, cuyo informe se introducirá conjuntamente con el testimonio de la (el) perito Dr. CC” (fs. 78, inicio de pista 5) .

Durante el debate la Defensa se opone parcialmente y solicita que se excluya como prueba documental:

Las siete novedades policiales de violencia doméstica y desacato ya que las mismas deben ser introducidas como prueba testimonial, en aplicación de los principios de oralidad, intermediación y contradicción.

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 670/2021

Jurisprudencia

El informe elaborado por la Unidad de Víctimas y Testigos de Fiscalía, ya que - como lo mencionó anteriormente- la agregación de dicho informe como prueba documental no es correcta y puede llevar a confusión al Juez.

La pericia psicológica como prueba documental, ya que la misma no debe ser introducida a juicio de esa forma sino como prueba pericial, cuyo diligenciamiento debe obrar en forma oral de acuerdo a la exposición de los propios peritos en la audiencia de Juicio. Debiendo estar el Juez únicamente a lo declarado en Juicio, por lo que de ser introducida también podría llevar a la confusión del Juez, en aplicación de los principios consagrados en el art. 12 del CPP que son los de oralidad, inmediación y contradicción. Además el art. 271.4 establece que las declaraciones previas al Juicio de un testigo o el informe pericial elaborado por un perito no son prueba, teniendo únicamente una finalidad de ayuda para refrescar la memoria o superar contradicciones.

Por último y por los mismos motivos solicita que se excluya la pericia psiquiátrica, (pista 5).

La representación del Ministerio Público brega por su admisión en base a que las siete novedades policiales se van a introducir por la Comisario DD y es a los efectos de solamente mencionar cuales son las citadas novedades y las fecha de las mismas, no ingresando a su contenido. Se trata de intervenciones en materia de violencia doméstica y desacato entre las partes. Destaca que se está ante un caso de delito de femicidio y el objeto de estas novedades es probar la violencia preexistente y de la que luego derivó en el femicidio.

En tanto señala que con el informe de la Técnico de la FGN lo que se pretende probar es la violencia privada ejercida hacia los niños, y demás personas que se encontraban presentes en ocasión de los hechos, y el daño psicológico que provocó la agresividad del imputado.

Y en cuanto a las pericias psicológica (y psiquiátrica) indica que las mismas deben ser admitidas ya que se solicita la declaración de los peritos y ellos mismos van a introducir su propio informe. En cuanto a la objeción de la Defensa, de que no corresponde como prueba documental expresa que hay dos



**URUGUAY**  
SENTENCIA CASO 670/2021  
Jurisprudencia

posiciones al respecto, tal como que cuando se solicita prueba pericial se nombre el perito no el informe, y que el informe es documental. Es solamente una forma de presentación, pero no es un motivo para no admitirla. Lo mismo respecto al Informe que va a introducir la psicóloga de Unidad de Víctimas de la FGN, que después se propone como testigo (pista 5).

La Sra. Juez fundamenta la admisión, en que teniendo presente los hechos que se pretende probar por la Fiscalía con las novedades policiales, a su criterio se trata de un medio conducente, estando habilitada la prueba documental como medio de prueba en el proceso penal, sin perjuicio de que se incorpora en forma oral mediante la Comisario DD. En cuanto a al informe y pericias –reitera- que sin perjuicio de entender que se incorporaran mediante la declaración de sus autores, la agregación de dichos informes como medio de prueba documental se encuentra habilitada por la normativa legal.

La Sala en términos totalmente trasladables al presente en sentencia N° 528 de 16 de setiembre de 2021 dijo que “... En el marco del debate llevado adelante en la audiencia las versadas partes concordaron que tales declarantes prestarán testimonio por su calificación técnica y experticia en el tema sobre el que expondrán, más allá del encasillamiento en un medio de prueba que se hizo al momento de su ofrecimiento.

Evidentemente que esas personas, requerida su intervención por alguna de las partes, van a realizar un informe sobre la cuestión planteada; téngase presente que el art. 178.1 NCPP expresamente refiere que “procederá el informe ...”.

Ese informe, documentado en el soporte material que entienda adecuado el perito, va a ser entregado a la parte que solicitó tal intervención técnica.

Para qué?

Para su agregación a la respectiva carpeta investigativa a la que, a su vez, la contraparte debe tener “acceso y posibilidad de control” e incluso el Juez “adoptará las medidas pertinentes para garantizar el control por las partes” (art. 268.4 NCPP).

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 670/2021

Jurisprudencia

O sea cuando una de las partes ofrezca como medio de prueba una pericial su contraparte ya va a tener conocimiento exacto de cual es el contenido de ese informe en formato papel u otra forma de documentación, lo cual le permitirá planificar adecuadamente su estrategia litigacional.

Pero ese informe no es la “prueba pericial” que se incorporará al proceso sino que ésta es la comparecencia en audiencia del perito en la cual “deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe” (art. 178.3 NCPP).

El informe, se reitera sea en el formato que sea que esté documentado y con la estructura que se le haya querido dar – por ej. fotos con subtítulos - , queda pues en la órbita de la carpeta investigativa, como el resultado de un acto de instrucción que, como tal, no puede ser válidamente incorporado como prueba al proceso en los términos del inciso segundo del art. 271.1 NCPP.

Ello no significa que tal informe caiga en saco roto y se vea condenado a “dormir el sueño de los justos”, sino que en audiencia “los peritos deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe” (art. 178.2 NCPP), el mismo puede ser consultado en audiencia por quienes lo confeccionaron “para explicar las operaciones periciales realizadas” (art. 271.2 NCPP) e incluso puede ser traído a colación para “demostrar o superar contradicciones o (cuando) fuere indispensable para ayudar a recordar al ... perito” (art. 271.4 NCPP).

Entonces el multicitado “informe” no es más que la forma en que el perito hace llegar su opinión especializada sobre una determinada cuestión a quien se lo requirió en la etapa investigativa.

Luego, teniendo presente la respectiva estrategia litigacional, las partes resolverán si ofrecen o no como medio de prueba a la pericial y justamente la prueba que va a valorar oportunamente el Juez será la resultante de la comparecencia del perito en audiencia.

Este análisis no conduce a negar algo obvio como es la persistencia en nuestro sistema de informes en formato papel o a hacer un llamado a seguir “cantos de sirena” que nos llevan a surcar mares con regulaciones normativas foráneas –



diferentes a la uruguaya - perdiendo de vista la tierra firme nacional en que se desarrolla el proceso, sino a ubicar al informe en el lugar que el legislador patrio le reservó....”

“...En efecto, lógicamente la ley organiza la comparecencia en audiencia del testigo en forma diferente a la del perito, mientras la declaración de aquél comienza por los interrogatorios que efectúen las partes de acuerdo a las reglas previstas en el art. 158 NCPP, el perito debe hacer una primera exposición breve del contenido y conclusiones de su informe.

Ahora bien, luego de esa presentación de corta duración de los aspectos sustanciales del informe del perito, “se autorizará que sean interrogados por las partes” (art. 178 .3 NCPP). Con esto se abre la posibilidad de que ellas puedan profundizar en todo lo que estimen necesario los puntos expuestos “brevemente” en un principio. O sea que el Juez va a recibir directamente del perito toda la información que pudo recabar, aplicando sus “conocimientos especiales de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada” respecto a “algún hecho o circunstancia relevante para la causa” (art. 178.1 NCPP).

Entonces, tal como está estructurada la comparecencia del perito en juicio – exposición +interrogatorio – al juez no se le va estar “cercenando” información alguna, tal como sostiene la Sra. Fiscal; es más, en los hombros de las partes va recaer en gran porcentaje la responsabilidad de que todos los puntos sobre los que se pronunció el perito sean puestos en conocimiento directo del decisor final allí presente (inmediación).

Y tal información se transmitirá al Juez – de regla – a través de la palabra del perito (principio de oralidad), salvo que existan por ejemplo fotos como en caso de autos, que permitan enriquecer ese relato con aspectos en que aquella no logre representar certeramente lo que se pretende describir.

Por ello es que el Tribunal considera acertada la solución dada en la anterior instancia de admitir solamente las “muestras fotográficas” que constan en los informes criminalísticos, no así toda la subtitulación que allí aparece en tanto

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 670/2021

Jurisprudencia

esa explicación será dada en la audiencia con toda la profundidad del caso que las partes lo pretendan, por quien participó directamente en tales diligencias....”. Sobre esa base y admitiendo que pueden existir otras opiniones sobre el punto como lo destacan las ilustradas representantes del Ministerio Público, se procederá a revocar parcialmente la hostilizada en lo que refiere a la admisión del Informe escrito (documentado en soporte material) producido por la Unidad de Víctimas y Testigos de la FGN, respecto a la intervención que tuvo con los vecinos víctimas de los hechos y los menores hijos de la occisa.

Tampoco serán admitidos los informes documentados en soporte material de las pericias psicológica y psiquiátrica realizadas al imputado, sin perjuicio de que acorde a lo preceptuado por el art. 271.4 NCPP podrán ser consultados en caso de resultar necesario para “demostrar o superar contradicciones .... o para ayudar a recordar al testigo o perito.... sin tenerla por incorporada como prueba” conforme lo señala DUCHE para: “... refrescar la memoria del perito y manifestar inconsistencias relevantes entre las declaraciones actuales con el informe...” (“La prueba pericial”, pág. 152), por consiguiente se revocará en este aspecto la impugnada.

Distinta es la situación de las siete novedades policiales de “violencia doméstica y desacato” Nros. 2958001, 3642775, 3796253, 5643107, 5852984 y 9548488. Se trata de documentos públicos que serán incorporados con el testimonio de la Comisario Andrea Castro, quien no hará referencia al contenido de los mismos. Ello en virtud de que se estima que se trata de prueba documental pertinente atento a la teoría del caso de Fiscalía, por lo que en dicho aspecto se confirmará la recurrida.

**IV.- RESOLUCIÓN N° 1631/2021.**

La representación del Ministerio Público dentro de su prueba pericial y con relación a la pericia psicológica realizada al imputado ofrece el testimonio de la Psicóloga Forense Licenciada Silvia Rodríguez Gaudin y con respecto a la pericia psiquiátrica efectuada a De Los Santos propone la declaración del Psiquiatra Forense Dr. Yamandú Martínez Sena.



URUGUAY

SENTENCIA CASO 670/2021

Jurisprudencia

La Defensa en cuanto a la pericia psicológica solicita exclusión temática, en el entendido que debe acotarse el interrogatorio a lo estrictamente pericial. Indica que del informe surgen declaraciones que versan sobre los hechos a debatir en juicio y ello entiende que vulnera los principios que rigen nuestro ordenamiento procesal penal, como el derecho de todo imputado a que se lo trate como inocente, a declarar o no declarar y a no autoincriminarse. Postula que la culpabilidad no forma parte del interrogatorio pericial. Destaca que gran parte del informe versa sobre declaraciones que su defendido hizo sobre los hechos, más precisamente sobre un antecedente, cuya pena que ya cumplió hace muchos años y que no es objeto de este juicio. Dicha pericia se realizó sin la asistencia de su defensa y sin que previamente se le informe a su patrocinado cuales eran sus derechos. Al ser preguntada por la Sra. Juez con relación a lo que pretende se excluya, responde “hay varios, por ejemplo acá dice “cuando aborda los motivos por los que cometió el primer homicidio expresa que tenía problemas con el vecino, por tema de mujeres. Él portaba armas de fuego en ese tiempo. Crucé por él fue un reflejo ni lo pensé...saqué el arma y disparé”. Después en la relación de pareja con la víctima “admite ejercicio de violencia ... desde el inicio de la relación ...” “Cuando en las conclusiones -por lo que pide la Fiscalía- lo dice clarito “adulto con buen nivel cognitivo, adecuada percepción de la realidad, personalidad desadaptativa con rasgos de heteroagresividad, bajo control de impulsos ...” Refiere a otro párrafo: “ voy agarro la cuchilla y me pongo a gritarle y amenazarla, los niños tenían miedo... continua relatando que la víctima fue a la casa del frente, él la siguió y la apuñaló forcejeando con la autoridad policial ....”.

Con relación a la pericia psiquiátrica se opone a que sea admitida. Afirma que dicha pericia fue solicitada por la anterior defensa en audiencia de formalización (22/8/2020) para determinar, a la mayor brevedad, si el imputado se encontraba al momento de los hechos en su total raciocinio y en uso de facultades y se valorara también posible patología psiquiátrica o psicológica. Dicha pericia debió realizarse en ese momento con tal finalidad –por ello se solicitó en la audiencia

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 670/2021

Jurisprudencia

de formalización-, pero la misma se realizó recién el 25 de mayo de 2021, por ende, carece de utilidad para la Defensa, por lo que se opta por no ofrecerla como prueba. Establece que como parte tiene derecho a no presentar prueba. Resalta, que dicha pericia no solo no tiene la finalidad que se buscó sino que también perjudica a su defendido. Afirma que Fiscalía pretende ingresar a juicio una pericia que no fue solicitada por ella y de la que toma conocimiento erróneamente y extrae de la misma partes que perjudican a su defendido y que vulneran principios como el de igualdad del proceso, buena fe y del debido proceso. Refiere a que Fiscalía solicitó una pericia psicológica –a la que no se opuso- y que es suficiente a los efectos de demostrar la personalidad de su defendido, por lo que una pericia psiquiátrica sería innecesaria (pista 7).

La representación del Ministerio Público destaca que ambas pericias fueron solicitadas por Fiscalía, la Defensa no las solicitó directamente a la Sede, estando referidas a los hechos. Considera que es prueba legal que debe ser admitida así como se lo hizo con el testimonio de los peritos, siendo pertinente, legal, habiendo tenido el control de la Defensa.

Con relación a la exclusión temática impetrada por la recurrente, este Cuerpo Colegiado no tiene el honor de compartir la argumentación de ilustrada Defensa Pública, ya que la pericia es única y la exclusión temática pretendida puede afectar la credibilidad de la perito al quitar su principal insumo que es la entrevista.

Téngase presente que de acuerdo a la resolución que antecede no se admite el ingreso del informe documentado en soporte material. Ello no es óbice a que la Perito pueda analizar ante el Juez su relato desde una visión científica, destacando por ejemplo si fue coherente, si dejó entrever una enfermedad mental, si mientras lo exponía buscó posicionarse en una mejor situación para sus intereses, estado emocional durante el mismo, etc.

Con relación a la pericia psiquiátrica fue solicitada por la Fiscalía con el objeto de “describir el perfil psiquiátrico del periciado como por ejemplo rasgos de perversión en cuanto a la manipulación, empatía o no con otros, impulsividad,



**URUGUAY**  
SENTENCIA CASO 670/2021  
Jurisprudencia

inestabilidad emocional entre otras, la existencia o no de rasgos o conductas abusivas sobre el manejo de autoridad o del poder en el manejo con los otros específicamente en relación con las mujeres. Asimismo se solicita que se explicita la concepción que presente el periciado acerca de las mujeres como objeto o como sujeto determinando la existencia de rasgos misóginos, representaciones y significados acerca de las relaciones de género roles y atribuciones de género y en definitiva cualquier otra consideración que él o la perito consideren corresponda. Se informe a su vez sobre la existencia o no de consumo de sustancia psicoactiva o alcohol. ...el grado en que asume las consecuencias de sus actos, su explicación en términos de responsabilización de la investigación que viene siendo seguida por la Fiscalía en su contra (pista 7, minuto 9:52) se estima que es pertinente y conducente, no siendo sobreabundante como lo indica la Defensa, ya que abarca otros tópicos no comprendidos en la evaluación psicológica del imputado, por lo que no existe a juicio del Tribunal impedimento para su admisión.

En atención a lo expuesto el Tribunal por la unanimidad de sus integrantes naturales confirma la Resolución hostilizada N° 1631/2021.

Por los fundamentos expuestos, el **TRIBUNAL FALLA**:

***Confírmase la Resolución No. 1627/2021 dictada el 29 de setiembre de 2021, salvo en cuanto admite el informe producido por la Unidad de Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación y la pericia psicológica y la pericia psiquiátrica efectuadas al acusado, documentadas en soporte material, que se revocan en el grado y no se admiten.***

***Confírmase la Resolución No. 1631/2021 dictada el 29 de setiembre de 2021.***

**Oportunamente devuélvase a la Sede de origen.**

Dr. Julio OLIVERA NEGRIN. MINISTRO  
Dr. Pedro SALAZAR DELGADO. MINISTRO  
Dr. José María GOMEZ FERREYRA. MINISTRO



**URUGUAY**  
CASO 263/2021  
Fallos Remitidos

## FALLO REMITIDO

<b>País</b>	República Oriental del Uruguay
<b>Tribunal</b>	Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er Turno
<b>Materia</b>	Penal
<b>Intervino La Defensoría Pública Oficial</b>	Si
<b>Datos del Defensor/a Público y Defensoría que intervino</b>	Defensor Público Dr. Joaquín Gamba
<b>Derechos involucrados</b>	Presunción de Inocencia. Debido Proceso. Derecho a la Libertad.
<b>Breve relación de los hechos</b>	<p>En audiencia de formalización por un delito de “tráfico de estupefacientes en la modalidad de venta o negociación de cualquier modo”, la Sede A quo dispone la prisión preventiva en contra de los procesados.</p> <p>Las Defensas recurren dicha resolución, partiendo que la medida de prisión preventiva debe ser de última ratio.</p>
<b>Fundamentos de Derecho</b>	Naturaleza cautelar de la prisión preventiva: artículo 217 del Código de Proceso Penal.
<b>Contexto social y económico del caso</b>	No aplica
<b>Instancia procesal en la que se emite la sentencia / fallo</b>	Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Segunda Instancia.
<b>Instrumento y/o criterio internacional invocado</b>	Corte IDH, Opinión Consultiva No. 5/85
<b>Medidas de reparación integral adoptadas</b>	No aplica
<b>Sentencia/Fallo</b>	<p>Sentencia N° 263/2021 de fecha 26 de mayo de 2021, resuelve:</p> <p>Revocase las preventivas y en su lugar, por el mismo plazo, impónese a los imputados la medida cautelar de prisión domiciliaria de ambos durante 24 horas, con supervisión a cargo de Osla o en su defecto, vigilancia policial.</p>
<b>Votación por la que fue adoptada</b>	Voto mayoritario de los Ministros Dr. Alberto Reyes Oheninger y Dr. Sergio Torres Collazo.



**URUGUAY**  
CASO 263/2021  
Fallos Remitidos

**Votos concurrentes o disidentes:** Votos concurrentes: no aplica

Votos disidentes: no aplica

---

**Otros datos de interés:** <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=799561>

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 263/2021

Jurisprudencia

**Sentencia N° 263/2021**

**VISTOS** para interlocutoria de segunda instancia estos autos: “1) **AA**; 2) **BB**. **UN DELITO DE TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES EN LA MODALIDAD DE VENTA O NEGOCIACIÓN DE CUALQUIER MODO – TESTIMONIO IUE: 2-13601/2021” (IUE 599-176/2021)**; venidos del Juzgado Letrado de Tacuarembó de 5° Turno, en virtud del recurso interpuesto en Audiencia de Formalización de fecha 26/4/2021 por ambas Defensas (Dres. Joaquín Gamba por AA, y Claudio Soto por BB), contra la Res. No 624/2021 dictada por la Dra. Carla Gómez, con intervención de la Sra. Fiscal Dra. Claudia Lete.

**RESULTANDO**

I) La hostilizada, no obstante la solicitud de la Defensa de prisión domiciliaria, dispuso la preventiva solicitada por Fiscalía. Se dijo que los hechos imputados obedecían a una operación” policial que venía de determinar la formalización de la investigación para otros imputados: “...*escuchados...ya había empezado a...dejar constancia de que se trataba de esos autos...la operación que involucra, sí? ...de las órdenes de detención y de allanamiento que figuran en el expediente que fueron libradas...sí? escuchados a la Sra. Fiscal los argumentos específicos...acreditar los presupuestos procesales para la imposición de la medida, se va a hacer lugar ...al amparo de lo establecido por el artículo 221, 223, 224 numeral 2 literal k), sí? la prisión preventiva de ambas personas...hasta el día 2 de agosto del año en curso...*”

II) Al recurrir por AA, su Defensa expresó: a) si bien es cierto que el art. 224 literal K CPP establece una presunción de riesgo de fuga, ocultamiento o entorpecimiento para la investigación para los delitos previstos en el Decreto-Ley 14.294, dicha presunción no es absoluta sino relativa. AA es primaria



**URUGUAY**  
SENTENCIA CASO 263/2021  
Jurisprudencia

absoluta, tiene domicilio fijo, no tiene medios económicos suficientes para fugarse, es oriunda de esta ciudad, como también su familia; b) la Sra. Machado Sánchez fue formalizada por el delito de asistencia y se le dispuso arresto domiciliario de 24 horas y tuvo un papel relevante en toda esta operación, por lo que se solicita la misma medida para AA; c) el plazo es excesivo, debe abatirse a 60 días.

**III)** Al recurrir por BB, su Defensa expresó: a) las presunciones establecidas en el art. 224 CPP son de carácter relativo. BB no es una persona peligrosa, es primario absoluto, tiene domicilio fijo, es padre de familia; b) la investigación se encuentra avanzada, no restan mayores detalles relevantes, prácticamente está agotada, al menos en la esfera policial; c) hay un caso en este mismo expediente que fue concedido arresto domiciliario. Por más que no sea vinculante, se pretende un tratamiento similar; d) dado el avance de la investigación, en caso de que se entienda que corresponda la preventiva, su plazo debe abatirse a 60 días.

**IV)** Al evacuar el traslado de los recursos de ambos imputados, el M. Público contestó: a) el art. 224 establece una presunción relativa, pero justamente por ello, los Defensores deben de destruir esa presunción; b) no se han aportado elementos, el sólo hecho de manifestar que son primarios y tienen domicilio fijo, no destruye esa presunción; c) surge claramente la implicancia de ambos en el negocio de estupefacientes encontrándose en una etapa de formalización; d) no es correcto traer a colación un caso en donde ninguno de los defensores actuó, por lo que desconocen sus detalles. Se trata de formalización y no de acusación. La jurisprudencia no es fuente de derecho, cada caso es totalmente diferente y no vinculante, por más que forme parte de la misma operación; e) en cuanto al plazo, los celulares se relevaron en forma primaria, hay que enviarlos a Policía Científica de Montevideo hacer un relevamiento correcto. Además, hay que abrir las cuentas en el B.R.O.U., enviar la sustancia que se incautó en el

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 263/2021

Jurisprudencia

procedimiento anterior. Por tanto, son tiempos que no dependen de la Fiscalía, sin perjuicio que en dicho período se pueda arribar a un acuerdo de proceso abreviado o diligenciar más prueba si las partes lo requieren.

V) Por Res. 625 (fs. 9), la *A quo* franqueó la Alzada, sin efecto suspensivo. Recibida la pieza, se citó para resolución y en el estudio simultáneo se acordó la misma fuera de audiencia.

**CONSIDERANDO**

I) La Sala, por mayoría legalmente habilitada para esta clase de pronunciamientos, habrá de hacer lugar a los recursos.

II) Al solicitar la formalización de la investigación, Fiscalía relacionó los siguientes hechos: *“...En el marco de una investigación policial denominada Operación Mercury por venta de estupefacientes, llevada a cabo por...Fiscalía y la Brigada Departamental Antidrogas, el día 24 de abril del corriente se realizó allanamiento en la finca ubicada en calle 25 de Agosto N° 10 de esta ciudad, domicilio del imputado BB efectuándose su detención...se encontraba...AA...concubina de BB...\$36.050...tres celulares...la vinculación de BB...con la venta y almacenaje de estupefacientes surge de las anteriores formalizaciones realizadas en la presente operación y especialmente de las declaraciones y relevamiento del celular de CC. Por otra parte, del relevamiento de los celulares incautados, especialmente del de AA... surge suficiente evidencia para responsabilizar penalmente a ambos imputados en el comercio de estupefacientes (específicamente pasta base de cocaína) en esta ciudad”*

Y antes que la Sede se pronunciara sobre la formalización, solicitó prisión preventiva por 120 días, en base al art. 224.2 y su lit. k) CPP del que dio lectura, sin referir a riesgos concretos.



URUGUAY

SENTENCIA CASO 263/2021

Jurisprudencia

III) La Defensa de AA entendió relevante mencionar en esta etapa su discrepancia con la calificación: adujo que habría en todo caso evidencia para esta modalidad, porque no encuadra en las presunciones del art. 224.2 CPP. En base a eso se opuso a la preventiva, en cuyo lugar solicitó arresto domiciliario por 24 horas con custodia policial si se entiende pertinente, pero aún cuando se formalizara conforme lo solicitado, entiende que dado que su defendida es primaria absoluta, tiene domicilio fijo y se incautó su celular, no hay peligro alguno de fuga ni de entorpecimiento de la investigación. Estos hechos sucedieron los días 21 y 22/4, su defendida no tenía actividad delictiva anterior. Para el caso de no entenderse pertinente el arresto por 24 hs. solicitó abatimiento del plazo a 60 días.

La Defensa de BB, luego de adherir a los comentarios y argumentaciones de su colega, adujo que su defendido es persona de trabajo, primario absoluto, padre de una niña de 4 años, que se vio desbordado, en cierta medida coaccionado por una situación puntual de la que trató de liberarse rápidamente. Esto -dijo- muestra el perfil humano de su defendido, y teniendo en cuenta que la presunción legal es simple, solicitó también la posibilidad de una prisión domiciliaria por 24 hs. con custodia policial a efectos de poder organizarse en esta situación, teniendo en cuenta que no hay posibilidad de que fugue ni que entorpezca la investigación. BB desarrolla una actividad comercial lícita, una panadería y pizzería conocida, con personal a cargo y obligaciones como padre de familia. Por esas razones de orden humano y jurídicas, solicitó prisión domiciliaria en lugar de la preventiva.

IV) Sin perjuicio que según viene de decirse, fluye que no hubo oposición al pedido de formalización, lo relevante para el caso, donde solo se cuestionó la calificación de la imputación y la necesidad de la preventiva, es que al resistir su solicitud y apelarse su imposición, la Defensa no controvirtió el supuesto material

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 263/2021

Jurisprudencia

o la semiplena prueba de los hechos atribuidos, al margen de discrepar sin demasiado vigor, en la modalidad.

En consecuencia, el contenido de la Alzada se circunscribe al reexamen de la necesidad de la preventiva, principalmente, por la pretendida inexistencia de riesgo cautelar, y en subsidio, porque para conjurarlo alcanzaría el arresto domiciliario de 24 hs. peticionado en subsidio. O sea, si la preventiva es la única forma de conjurar el riesgo cautelar convocado por la Fiscalía, siempre que se advierta la existencia de algún riesgo cautelar; porque el *periculum in mora* es presupuesto de toda cautelar.

La *A quo* optó por la cautelar más gravosa, sin tampoco pronunciarse sobre la discrepancia expresada para la preventiva, sobre la calificación de los hechos atribuidos en una narración por cierto que dice muy poco de la conducta ilícita, máxime cuando en ambos allanamientos no se incautó droga, de acuerdo con el pedido de formalización de que se trata.

Los términos que se transcriben del Sistema Audire acerca de por qué se dispuso la prisión preventiva, hacen que impresione como si hubiera sido adoptada de antemano al debate.

Por todo fundamento de la demorada decisión (preguntó al hartazgo, si habían entendido lo “*verbalizado por la Sra. Fiscal*” y lo que tenía en su carpeta, etc., reiterando innecesariamente la expresión “*para que uds. entiendan*”, y preguntas como “*¿tienen alguna pregunta?*”, “*¿han tenido contacto con sus abogados?*”), que los hechos imputados obedecían a una operación” policial que venía de determinar la formalización de la investigación para otros imputados: “*...escuchados...ya había empezado a... dejar constancia de que se trataba de esos autos...la operación que involucra, sí? ...de las órdenes de detención y de allanamiento que figuran en el expediente que fueron libradas...sí? escuchados*



URUGUAY

SENTENCIA CASO 263/2021

Jurisprudencia

*a la Sra. Fiscal los argumentos específicos...acreditar los presupuestos procesales para la imposición de la medida, se va a hacer lugar ...al amparo de lo establecido por el artículo 221, 223, 224 numeral 2 literal k), sí? la prisión preventiva de ambas personas....hasta el día 2 de agosto del año en curso...”*

“La exigencia de trasladar a terceros los (verdaderos) motivos de la decisión, lejos de resolverse en una simple exteriorización formal de éstos, retroactúa sobre la propia dinámica de formación de la motivación y de la misma resolución en todos sus planos, obligando a quien la adopta a operar, ya desde el principio, con unos parámetros de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica mucho más exigentes. Y es que efectivamente no es lo mismo resolver conforme a una *corazonada*, que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados. Sobre todo en un sistema procesal que tiene el principio de presunción de inocencia como *regla de juicio*. Regla que tantas veces obliga a resolver contra la propia convicción moral, cuando, después de un cuidadoso análisis de la prueba, aquella no encuentra confirmación plausible en ésta...la exigencia de motivación responde a una finalidad de control del discurso..., del juez, con objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal. Un control por cierto -conviene insistir-, no solo de procedencia externa, sino que no puede carecer de esa proyección interna sobre el propio operador...y cuyo fin es implicarle (complicarle, diría) y comprometerle, para evitarle la aceptación acrítica, como convicción, de alguna de las “peligrosas sugerencias de la certeza subjetiva”. Esto incluso en el caso hipotético de que toda actividad probatoria fuera de la llamada *directa*. Porque esa difícil eventualidad (donde además, *directa* no significa necesariamente *simple*, nunca excluiría aquel peligro y por ende no podría autorizar al juez a rebajar el nivel de la racionalidad exigible en su trabajo; y porque la sentencia no dejaría de estar dirigida a terceros, a toda la sociedad, que es lo que impone que se le dote de la información necesaria para que resulte

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 263/2021

Jurisprudencia

un texto autosuficiente...” (Ibáñez, Perfecto Andrés: Acerca de la motivación de los hechos en materia penal..., pp. 268/292)

En un sentido más primario, la ausencia de tratamiento de lo planteado por la Defensa en lugar de la preventiva, constituye un paradigmático caso de incongruencia omisiva o de motivación implícita, subsanado por la falta de réplica y agravio en el recurso: *“La sentencia de este Tribunal 728/2008, de 18-11, que a su vez se remite a otras precedentes (23-3-96, 18-12-96, 29-9-99, 14-2-2000, 27-11-2000, 22-3-2001, 27-6-2003, 12-5-2004, 22-2-2006 y 11-12-2006), exige las siguientes condiciones para que pueda apreciarse la incongruencia omisiva: 1) Que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos. 2) Que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido: a) Que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica. b) Que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida, lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundadores de la respuesta tácita. 3) Que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso. Por su parte, el Tribunal Constitucional recuerda en sus sentencias 223/2003, de 15*



URUGUAY

SENTENCIA CASO 263/2021

Jurisprudencia

*de diciembre, y 60/2008, de 26 de mayo, que en su jurisprudencia ha reiterado la importancia de distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (SSTC 95/1990, 128/1992, 169/1994, 91/1995, 143/1995 y 58/1996). Respecto a las primeras, no sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita -y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente...que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida” (TSE, 11/11/2021).*

V) La obligación funcional de rango legal impuesta a los Sres. Fiscales al imputar ciertos delitos, no los exime judicialmente, de invocar y argumentar -en la solicitud de preventiva, no al contestar los recursos contra la resolución que la adopte-, uno o más riesgos concurrentes en concreto, ni traslada la carga de su prueba a la Defensa, como adujo el M. Público al decir que los apelantes no habían argumentado ni demostrado nada contra la presunción legal de riesgos ni siquiera invocados para decidir una medida excepcional. Esto lo previene la Corte IDH: “...para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad **es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención**” (*Usón Ramírez vs. Venezuela*, 20/11/2009, párr. 144). En la misma línea, la Comisión de Derechos Humanos alerta que “...si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 263/2021

Jurisprudencia

*injustificada...por ello **corresponde al tribunal y no al acusado o a su defensa acreditar la existencia de dichos elementos***" (Comisión IDH, *Francisco Usón Ramírez c/República Bolivariana de Venezuela*, c. 12.554, párr. 172).

Para esta Sala, de ningún modo una prisión preventiva, bajo el actual sistema - pese a la redacción adoptada por la Ley 19.889 y anteriores modificaciones restrictivas de la libertad durante el proceso-, puede pretenderse habilitado que la privación de libertad del investigado, a quien se debe presumir y tratar como inocente, se base solo en abstracciones: la desnaturalizarían.

La esencia cautelar de la prisión preventiva del CPP perdura en su art. 217 ("*...se cumplirá de modo tal que en ningún caso podrá adquirir los caracteres de una pena*"), no obstante la interpretación "a contrario" que sugiere el art. 7° de la Ley 19.653, al suprimir de su art. 223, el expreso reconocimiento de su matriz acusatoria: "*...En ningún caso la prisión preventiva será de aplicación preceptiva*". Como acierta a decir la Defensa recurrente, no debe existir otra medida que cumpla el mismo fin de manera menos gravosa, y requiere que se justifique en concreto que las demás no conjuran el peligro de obstaculización de la investigación (intimidación a la víctima o testigos, destrucción de pruebas, etc.). ni la fuga o el ocultamiento del imputado (prohibido el juzgamiento en rebeldía), tales los riesgos considerados compatibles con los tratados internacionales: "*En caso de fuga, el proceso sólo podría continuar hasta el juicio oral, lo que deslegitima el sistema por impunidad e imposibilidad siquiera de absolución. En la frustración de la investigación o el proceso se erosiona...las expectativas de la víctima y la sociedad*" (Duce).

*"...en el sistema interamericano la restricción (i) debe responder a la 'existencia de una necesidad social imperiosa', es decir, debe estar orientada 'a satisfacer un interés público imperativo'; (ii) entre varias opciones para alcanzar este objetivo 'debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho*



*protegido', y (iii) la restricción debe ser 'proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo'. Esta interpretación constante de la expresión podría resumirse diciendo que la restricción debe ser (i) conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; (ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y (iii) **no debe haber otra alternativa para conseguir el fin que restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la restricción**" (Corte IDH, Opinión Consultiva No. 5/85)*

Desde antes a la promulgación de la Ley 19.889, el nuevo sistema ya contaba con presunciones o indicadores destinados a facilitar la prueba del "Entorpecimiento de la investigación" (art. 225) y del "Peligro de fuga" (art. 226), donde se incluía a las "circunstancias, naturaleza del hecho y gravedad del delito" (lit. c), de forma análoga a como en el art. 2 de la Ley 17.726: "la sustitución de la prisión preventiva no se decretará cuando la gravedad del hecho o el daño causado... así lo ameriten."

Por todo ello, no se "...comparte que la **presunción de los num. 2 y 3 del art. 224.2** cit., antes ni después de su modificación por la Ley 19.889 (LUC), signifique una presunción absoluta de riesgo cautelar en concreto, en cuyo caso se tendría un amplio elenco de delitos inexcusables, antípoda de la piedra angular de la reforma: "Artículo 1º (Debido proceso legal).- No se aplicarán penas ni medidas de seguridad sino en cumplimiento de una sentencia ejecutoriada, emanada de tribunal competente en virtud de un proceso tramitado legalmente." Lo contrario es homologar que la preventiva funcione igual que antes como pena anticipada, con el burdo expediente o subterfugio de asumir - erróneamente- "inexorable" -y tranquilizador-, que en determinados delitos (que no serían pocos), dada la gravedad que le asigna la ley, no sería menester siquiera afirmar cuáles serían los riesgos que el caso concreto convoca. La regla

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 263/2021

Jurisprudencia

que ha de primar en la hermenéutica del instituto, es la **insuficiencia** de toda presunción facilitadora de la prueba del riesgo (de la Sala, Sent. 587 y 893/2020, 247/2021).

**VI)** Según las consideraciones precedentes, la medida de prisión preventiva solicitada por Fiscalía sin más fundamento explícito que la lectura de una presunción legal de alcance tan difuso (o contradictorio con una interpretación *pro homine* como le cabe), no debió ser homologada por la Sede de primera instancia. En audiencia de formalización, la garantía no se agota en interrogar a los imputados si comprenden los actos, y a las Defensas, si tuvo acceso total a la carpeta investigativa.

Ahora bien. Nada cuestionaron las Defensas cuando la *A quo* aludió intempestivamente y gestionando el interés de la Fiscalía, notoriamente fuera del rol legalmente asignado, dijera: *“Este expediente obedece a la Operación Mercury, sí? Operación de público conocimiento del trabajo policial que se viene realizando, de las intervenciones la última el día viernes...donde tres sujetos fueron detenidos en plena vía pública de Tacuarembó luego de proferir amenazas...Estas detenciones vienen de esta operación Mercury...la última actividad que tuvo fue la formalización de cuadro sujetos, lo que se llevó a cabo en audiencia celebrada el día 23 de abril, todo documentado a fs. 24, donde fueron efectivamente formalizados...O sea estos hechos deben tener como dos semanas, no doctora?”*, dirigiéndose a la Fiscal, que luego de un malentendido sobre el tiempo al que refería la pregunta, afirmó *“Sí, sí...dos semanas...”*. Siguió: *“Vamos a hacer un resumen de situación, se están oponiendo al tipo fiscal y a la medida cautelar, solicitando...entonces...este...prisión domiciliaria, bien. Fiscal, tiene Ud. la palabra...”*, Finalmente: *“Vamos a dejar constancia entonces que efectivamente estas detenciones se dieron...a raíz de un decreto...donde se autoriza la*



URUGUAY

SENTENCIA CASO 263/2021

Jurisprudencia

*detención de...en el lugar de los hechos, no?” (dirigiéndose otra vez a la Fiscalía, aunque ésta la corrigió).*

Esto suscitó que luego de mencionar la identidad de “esos sujetos”, un Defensor le indicara que de la declaración de la Sra. CC no surgía que los imputados estuvieran de tiempo atrás en la actividad ilícita objeto de esa investigación, amén de que a dicha declarante se le había tipificado Asistencia y otorgado prisión domiciliaria, pese a que por lo que surge de la investigación “*era la que tenía contacto con su novio y estaba al frente del comercio de estupefacientes que está en..*”, diciendo -al unísono- *A quo* y Fiscal, que la formalización no impedía el cambio de la calificación.

Y bien. Sumado a que los apelantes solicitaron la sustitución de la preventiva -uno en subsidio y otro por vía principal-, no obstante las desprolijidades implicadas, se torna inhabilitado dirimir la Alzada concluyendo en la absoluta ausencia de riesgo cautelar, lo que llevaría a prescindir de cualquier cautelar.

Máxime cuando la índole delictiva de que se trata (comercio de pasta base de cocaína), incluso en modalidad de Asistencia, es una conducta criminal en mayor o menor medida organizada.

En suma: las posibilidades de entorpecer la investigación fueron defectuosamente invocadas por Fiscalía, al punto que no se justifica la prisión preventiva adoptada en la recurrida; pero la existencia de ese riesgo surge de autos y es tácitamente admitido por las Defensas, cuando se conforman con una domiciliaria, la que debe inferirse suficiente remedio.

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 263/2021

Jurisprudencia

**POR CUYOS FUNDAMENTOS, EL TRIBUNAL**

**RESUELVE:**

***REVOCASE LAS PREVENTIVAS Y EN SU LUGAR, POR EL MISMO PLAZO, IMPÓNESE A LOS IMPUTADOS LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN DOMICILIARIA DE AMBOS DURANTE 24 HORAS, CON SUPERVISIÓN A CARGO DE OSLA O EN SU DEFECTO, VIGILANCIA POLICIAL. COMUNÍQUESE PARA SU INMEDIATO CUMPLIMIENTO.***

***FECHO, NOTIFÍQUESE A LAS PARTES Y DEVUÉLVASE.***

**Dr. Alberto Reyes Oheninger. Ministro**

**Dr. Sergio Torres Collazo. Ministro**



## FALLO REMITIDO

<b>País</b>	República Oriental del Uruguay
<b>Tribunal</b>	Tribunal Apelaciones Penal 2º Turno
<b>Materia</b>	Penal
<b>Intervino La Defensoría Pública Oficial</b>	Sí
<b>Datos del Defensor/a Público y Defensoría que intervino</b>	Defensor Público Dr. Joaquín Gamba
<b>Derechos involucrados</b>	Debido al proceso, principio de legalidad, falta de motivación en la sentencia.
<b>Breve relación de los hechos</b>	<p>Se presenta el siguiente recurso de apelación ya que dentro de la sentencia recurrida se condenó a AA, como autor penalmente responsable de un delito de Tráfico interno de armas de fuego, a la pena de doce (12) meses de prisión de cumplimiento efectivo.</p> <p>La defensa alega una falta de motivación en la sentencia, recurriendo a que hubo una omisión en expresar la motivación razonada de los medios de prueba que llevaron a la condena del acusado; a su vez se habla de una incongruencia omisiva debido a que en la misma no hace ni una sola mención de los motivos por los cuales rechaza los fundamentos y controversia planteada por la defensa en los alegatos de clausura. También la sede incurre en incongruencia omisiva cuando no fundamenta la razón de porque no se le otorga el beneficio de la libertad vigilada.</p> <p>De igual forma se habla de un segundo agravio en la violación del principio de congruencia y en tercer agravio la Violación del debido proceso al valorar una prueba ilícita, obtenido como fruto de un procedimiento ilegal.</p> <p>Por otro lado se alega que se la valoración de la prueba ha sido contraria a la “Sana Crítica”., así como no se acreditó que el arma llevado por el acusado haya estado en funcionamiento y que esta haya sido obtenida después de la ley Ley 19.247, así como el no otorgamiento de la libertad vigilada de acuerdo con las leyes 19.449 y 19.831,</p>
<b>Fundamentos de Derecho</b>	Artículos 6, 9,10 de la Ley N° 19247, artículo 1° de la Ley N° 19.915 y artículos 15,16, 119, 124, 125, 358 a 361 del Código del Proceso Penal
<b>Contexto social y económico del caso</b>	Persona privada de la libertad bajo una sentencia que no contenía la motivación necesaria



**URUGUAY**  
CASO 68/2021  
Fallos Remitidos

<b>Instancia procesal en la que se emite la sentencia / fallo</b>	Segunda instancia
<b>Instrumento y/o criterio internacional invocado</b>	Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969.
<b>Medidas de reparación integral adoptadas</b>	No aplica
<b>Sentencia/Fallo</b>	<p>Sentencia 68/2021 de fecha 29 de setiembre de 2021</p> <p>Se resuelve revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar se dispone la absolución de AA del delito que le fuera imputado.</p> <p>Ejecutoriada la presente, declárase definitiva la libertad del mismo.</p>
<b>Votación por la que fue adoptada</b>	<p>Dr. Ricardo H. Miguez Isbarbo. Ministro</p> <p>Dr. José Balcaldi Tesauero. Ministro</p> <p>Dr. Daniel Tapie Santarelli. Ministro</p>
<b>Votos concurrentes o disidentes:</b>	<p>Votos concurrentes:</p> <p>Votos disidentes</p>
<b>Otros datos de interés:</b>	<a href="http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=799605">http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=799605</a>



Sentencia N° 68

Montevideo, 29 de setiembre de 2021.

Ministro Redactor: Dr. Daniel Tapie Santarelli.

### **VISTOS**

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: "AA. Un delito de TRÁFICO INTERNO DE ARMAS DE FUEGO" IUE: 599-128/2020; venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Tacuarembó de 1er Turno, por apelación de la Defensa Pública a cargo del Dr. Joaquín Gamba, contra la sentencia N° 117/2020 de fecha 15 de diciembre de 2020, dictada por el Dr. Daniel Borsani Estéfan, con intervención de la Sra. Fiscal Letrado Departamental de 2° Turno, Dra. Claudia María Lete Sosa.

### **RESULTANDO:**

1) La recurrida (fs. 87-96), cuya correcta relación de actos procesales se tiene por reproducida, condenó a AA, como autor penalmente responsable de un delito de Tráfico interno de armas de fuego, a la pena de doce (12) meses de prisión de cumplimiento efectivo, con descuento de la preventiva cumplida y de su cargo los gastos procesales y carcelarios legales de rigor (art. 106 C. Penal).

Se confiscó el arma de fuego incautada, siendo remitida al Servicio de Materiales y Armamento del Ejército Nacional para su destrucción.

No se computaron circunstancias alteratorias.

**2) Contra la citada decisión la Defensa del encausado interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, expresando los siguientes agravios:**

**Como primer agravio: Falta de motivación de la sentencia para arribar a una decisión condenatoria e incongruencia omisiva.** Entiende que existió omisión en expresar la fundamentación razonada de los medios de prueba que llevaron a la condena de su defendido.

Toda decisión judicial debe tener una expresión de sus fundamentos o motivos. La motivación de las decisiones judiciales va de la mano con el Estado

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 68/2021

Jurisprudencia

Democrático Republicano y el debido proceso que recogen los artículos de nuestra Constitución, con el “derecho a ser juzgado” que recoge el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, con el “derecho a ser juzgado públicamente”, del art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, o en fin, con “el derecho a ser oído por un Tribunal Competente”, del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha expresado que “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” (CIDH, caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009. Excepción Preliminar de Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 152).

Jauchen expresa que, “La fundamentación de la sentencia en cuanto a los hechos requiere necesariamente que se mencione expresamente en que elementos probatorios se sustenta cada conclusión o inferencia, pues solo de esa forma será factible verificar si la motivación es derivada de las pruebas incorporadas al debate y a su vez la valoración de tales elementos es adecuada a la sana crítica racional. Desde este punto de vista, la sentencia debe ser autosuficiente, no solo en la enumeración de los elementos de prueba en los que se basa, sino fundamentalmente en el contenido de ellos y en los cuales, y como son los razonamientos del juez que, necesaria y exclusivamente derivados de esas pruebas lo conducen a decidir de una u otra forma el objeto del proceso (...). Estas exigencias se tornan aún más relevantes en los supuestos de sentencia condenatoria en la que es necesario un estado cognoscitivo de certeza para arribar a tal conclusión por imperativo de la garantía constitucional del estado de inocencia, de modo que la verificabilidad del acierto de la decisión solo será posible en tanto se haya cubierto prolijamente los recaudos expuestos” (Jauchen, Proceso Penal Sistema Acusatorio Adversarial, Editorial Rubinzal. Culzoni 2020, pág 760 y 761).

En nuestro derecho el artículo 119 lit. b) de nuestro CPP dispone que la sentencia debe de cumplir con esta exigencia de motivación.

b) **Incongruencia omisiva.** La sentencia atacada, adolece además de una manifiesta incongruencia omisiva. De la sola lectura de la sentencia se puede advertir que no hace ni una sola mención de los motivos por los cuales rechaza los fundamentos y controversia planteada por la defensa en los alegatos de clausura. En la presente causa se alegó y acreditó por parte de esta defensa, que en el procedimiento policial donde fue detenido su defendido y donde se incautó el arma objeto del presente juicio, fue declarado ilegal por parte de la Juez de Garantías que actuó en primera instancia y confirmada en segunda



URUGUAY

SENTENCIA CASO 68/2021

Jurisprudencia

instancia, solicitando que no se debía valorar esta prueba material (arma incautada) en aplicación de la teoría del árbol del fruto envenenado.

Por otra parte, esta defensa hizo énfasis en que la acusación de la Fiscalía contenía errores que la hacían totalmente inocua, al no solicitar la condena por algunos de los verbos contenidos en el artículo 9 de la ley 19.247.

Lo mismo cabe decir respecto a la valoración de la prueba que realizó esta defensa en los alegatos de clausura del juicio oral, donde se argumentó cuáles eran los motivos por los cuales no se había acreditado la plataforma fáctica de la acusación fiscal.

También la sede incurre en incongruencia omisiva cuando no fundamenta la razón de porque no se le otorga el beneficio de la libertad vigilada, cuando se dan todos los requisitos legales para el otorgamiento de este. Ni siquiera se dedica una línea en la sentencia en cuanto al punto, el cual es de crucial importancia para el Sr. AA en caso de que la sentencia condenatoria sea confirmada.

**Segundo agravio. Violación del principio de congruencia** (art. 12 Constitución Nacional y arts. 127 y 119.4 CPP).

a) **Principio de congruencia en nuestro ordenamiento jurídico.** De acuerdo con lo que dispone el art. 127 del CPP la acusación fiscal debe contener: “b) la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho o de hechos que se atribuyen al imputado; c) fundamentos de la imputación...”. Esta norma es trascendente, pues de existir una sentencia de condena, no puede apartarse de los hechos mencionados en la acusación fiscal, de acuerdo con lo que dispone el artículo 119.4 del CGP, esto es, la sentencia de condena debe respetar el principio de congruencia.

La jurisprudencia sostiene prácticamente sin excepciones que los hechos típicos no articulados (narrados, incluidos) en la demanda; como igualmente aquellos que mencionados se descartan en la acusación por cualquier motivo en términos expresos (por ej. en mérito al concurso de una eximente o justificante) no pueden ser materia de condena. En el primer caso, porque respecto a hechos no incorporados en el libelo no existe acusación; en el segundo, porque la actitud fiscal constituye, en relación al delito, de que se trate, un auténtico sobreseimiento.

b) **Vulneración del principio de congruencia por parte de la sentencia atacada.**

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 68/2021

Jurisprudencia

En los alegatos de apertura se expresó por esta defensa que la fiscalía en sus alegatos de apertura realizó un cambio en el relato de los hechos si lo comparáramos con la acusación. En la acusación, además de ni siquiera mencionar la fecha de los hechos, no contenía cual era la modalidad de los verbos nucleares del artículo 9 de la ley 19.247 que el imputado habría cometido. Es recién en los alegatos de apertura cuando la fiscalía tipifica dentro de los 11 verbos nucleares que contiene el artículo 9 de la ley 19.247, tres verbos nucleares (tuviere, adquiriese, y recibiere) realizando además para ello una relación de hechos distinta a la realizada en la acusación fiscal.

La atacada si bien omite en el fallo mencionar por cuál de los verbos nucleares contenidos en el artículo 9 de la ley 19.247 condena a su defendido, entiende que se refiere al verbo “tuviere”.

En suma, la sentencia vulnera el artículo 119.4 del CPP, esto es el principio de congruencia y por lo tanto el debido proceso. Y la misma, al condenar por una tipificación no solicitada en la demanda acusatoria, violenta este principio.

**Tercer agravio. Violación del debido proceso al valorar una prueba ilícita, obtenido como fruto de un procedimiento ilegal.**

- a) Acreditación de la ilegalidad del procedimiento policial donde se detuvo a AA y se incautó el arma de fuego. Este agravio es por valorar una prueba ilícita, obtenida como fruto de un procedimiento ilegal (artículo 12 de la Constitución, art. 14 PIDCP, art. 8 CADH y arts. 1. 8, 14 y 140 CPP). Otro de los puntos donde la sentencia incurre en “incongruencia omisiva”, al no expedirse sobre tal cuestión planteada por esta Defensa como parte fundamental, en cuanto a las consecuencias de la ilicitud del procedimiento donde se detuvo a AA, procedimiento donde se incautó el arma objeto de este proceso. La sentencia guardó absoluto silencio al respecto. En definitiva, surge acreditado que la detención y por lo tanto el procedimiento policial, donde se detuvo a AA el día 22 de enero de 2020, y donde además se incautó el arma de fuego objeto de este proceso, fue ilícito, violentó la garantía constitucional de la libertad ambulatoria (arts. 15 y 16 de la Const.) S. 704 de fecha 13/10/2020 del TAP 1er Turno.
- b) Consecuencias en nuestro derecho de la obtención de pruebas en un procedimiento ilegal. Ahora bien. Habiendo entonces quedado acreditado la ilegalidad de dicho procedimiento policial donde se incautó el arma, la interrogante es ¿Qué consecuencias tienen las evidencias obtenidas en ese procedimiento ilícito en un Estado de Derecho?... La respuesta no



URUGUAY

SENTENCIA CASO 68/2021

Jurisprudencia

puede ser otra que, la prohibición de valoración del Juez de esa prueba obtenida, lo que se conoce como la doctrina del fruto del árbol envenenado. (Fruit of de poisonus tree doctrine) (...) Si en el proceso existe un solo cauce de investigación y este estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél (...) No es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, aun cuando presten utilidad para la investigación, pues ello compromete la administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria de un hecho ilícito (...) Si la iniciación de las actuaciones y el secuestro del cuerpo del delito son consecuencia directa y necesaria de una detención ilegal, y no existen otros elementos independientes de ella que podrían haber fundado la promoción de la acción penal, corresponde la nulidad de todo el procedimiento.” (Jauchen, “Tratado de la Prueba Penal en el Sistema Acusatorio Adversarial.” Rubinzal- Culzonoi, 2020, págs., 308 y 309). En esta misma línea de razonamiento la Dra. Klett, citando a Pelligrini Ada, expresa que “el ingreso de la prueba ilícita en el proceso contra constitutionem, importa la nulidad absoluta de esas pruebas, que no pueden ser tomadas como fundamentos de ninguna decisión judicial. Se trata de un “no acto”, de “no prueba” que la reduce a la categoría de inexistencia jurídica...De ahí su total ineficacia. La consecuencia del ingreso en el proceso de las pruebas obtenidas por medios ilícitos es su ineficacia, debiendo ser desechadas. Nula será la decisión que sobre ellas se fundamente”. (Klett, Curso NCPP, págs., 468-469).

En suma: de lo que viene de analizarse, en un Estado de Derecho, las pruebas o evidencias obtenidas en un procedimiento donde se violentaron las garantías constitucionales, no pueden ser valoradas por los jueces para sostener una condena.

c) Vulneración del debido proceso por parte de la sentencia, al valorar una prueba incautada en un procedimiento ilegal.

No obstante haber sido uno de los pilares donde esta defensa fundamentó la absolución de AA, la sentencia impugnada no sólo no se expresó al respecto, sino que efectivamente termina condenando a AA como consecuencia de la incautación realizada de dicha arma en un procedimiento donde se lo detuvo, infringiendo la policía y la fiscalía las garantías constitucionales (arts. 15 y 16 Constitución).

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 68/2021

Jurisprudencia

**Como cuarto agravio señala que la valoración de la prueba ha sido contraria a la “Sana Crítica”.** Cita el caso de la testigo Graciela Godoy al no advertirla del art. 158 de CPP. Para la Defensa es entonces nula su declaración. A este respecto Jauchen haciendo referencia sobre la advertencia de la pena de falso testimonio dispuesta en el Código Penal y el juramento de decir la verdad, expresa, “El juramento tiene, al igual que el requisito anterior, la finalidad de rodear el acto de una solemnidad específica que actúe directamente sobre el ánimo del declarante para constreñirlo psicológicamente a manifestar la verdad...”.

La sentencia no explica cuáles son los motivos por los que entiende que la declaración de esta testigo incrimina al imputado, en los hechos atribuidos por la Fiscalía.

Señala que la testigo declara o da dos versiones diferentes sobre la posesión del arma por AA (vide fs. 108 “in fine” y 109). Luego analiza otros testimonios así la del testigo A Da S a la que considera poco precisa. Luego refiere al testimonio de JF (dice que no vio a AA con el arma sólo supone que llevaba el arma en la mochila al igual que su pareja BB).

También discute la objetividad de las declaraciones de los aprehensores. En segundo término, la valoración de las declaraciones de los funcionarios policiales en este proceso carece de valor, ya que el procedimiento donde se detuvo a AA y se incautó el arma fue declarado ilegal, como ya se analizó ampliamente en capítulo III literal a), por tanto, sus declaraciones en este proceso no pueden tener ninguna credibilidad.

Declaración del funcionario policial CC, Oficial del caso: Dice la Defensa que no participó directamente de los hechos, sino que lo que expresa es de testigos de oídas y estas declaraciones no tienen ningún valor.

Luego refiere a los testimonios de los policías DD y EE y el Oficial CC. Dice que la sentencia además de hacer una valoración errónea de las referidas declaraciones y no tiene en cuenta que se trata de funcionarios policiales que llevaron a cabo un procedimiento policial ilícito, violentando garantías constitucionales.

Luego se agravia de la valoración de la prueba material incorporada. Entiende que el arma no quedó debidamente incorporada y por lo tanto no debe ser valorada, en virtud de que no se acreditó que efectivamente la testigo Gy dio su autorización para la incautación de esta (art 197.1 CPP), sino que tampoco existió un reconocimiento de ésta, por el único funcionario policial que supuestamente la encontró (art 172 CPP).



URUGUAY

SENTENCIA CASO 68/2021

Jurisprudencia

**Como quinto agravio**, menciona que no se acreditó que el arma funcionaria (citando la sentencia 209/2019 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 43° Turno). Se condena por el delito de tráfico de armas, cuando ni siquiera había prueba idónea de que tal arma funcionara.

**Sexto Agravio**. No se acreditó que su defendido haya obtenido el arma con posterioridad a la vigencia de la Ley 19.247.(agosto de 2014), o luego de su reglamentación (diciembre de 2016).

**Séptimo Agravio**. Guarismo de la pena. No obstante, la solicitud de absolución de su defendido, le causa agravios la pena a la que fue condenado sin ningún fundamento. Dicha pena infringe el artículo 86 del Código Penal, pues teniendo el delito por el cual se lo condena (art. 9 de la ley 19.247), una pena mínima de 6 meses de prisión a 6 años de penitenciaría, la pena de 12 meses de prisión es excesiva.

**Octavo agravio**. No otorgamiento de la libertad vigilada. No obstante haber solicitado en forma subsidiaria, para caso de condena, que la pena impuesta sea cumplida en régimen de libertad vigilada de acuerdo con las leyes 19.449 y 19.831, la sentencia lo condena a 12 meses de prisión efectiva.

Solicita, en definitiva, que se haga lugar al recurso de apelación interpuesto absolviéndose a su defendido, y para el caso de que no se lo absuelva se baje la condena impuesta, otorgándole además la libertad vigilada de acuerdo con lo dispuesto por las leyes.

3) Al evacuar el respectivo traslado (fs. 119-133), el Ministerio Público sostuvo en lo medular que: la sentencia está exhaustivamente fundada, motivada y cumple a cabalidad con el principio de congruencia. No presenta zonas oscuras, sino por el contrario, cuenta con el detalle de los fundamentos que llevaron al decisor a arribar al fallo correspondiente.

Tampoco adolece de incongruencia omisiva, como sostiene la defensa a fs. 99 vto a 110 vto. Y ello es así por cuanto la defensa menciona que el a quo no argumenta el descarte de los fundamentos dados por parte de esta defensa, pero lo cierto es que la defensa ningún fundamento de peso ha dado para arribar a una conclusión diferente de la que se sostiene en el fallo.

No ha propuesto ni un solo medio de prueba, no ha alegado ni siquiera una coartada que sitúe a AA en lugar o día diferente al de los hechos, ni ha argüido razón alguna que intente justificar al menos que las declaraciones de los testigos y policías se basan en falsedades. No aporta tampoco prueba que contradiga o desacredite los dichos de los testigos ofrecidos por esta parte.

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 68/2021

Jurisprudencia

Por su parte, en cuanto a la exigencia de la defensa de especificar concretamente cuál de los verbos nucleares del art. 9 de la ley 19.247 fue el que cometió su defendido, basta con leer los hechos imputados en la acusación para advertir de que acción típica estamos hablando.

Ha quedado de manifiesto hoy en juicio que AA “tenía” un arma de fuego, la cual, por supuesto adquirió o recibió, dado que la misma no es de fabricación casera, ni fabricada por él.

La sentencia cumple con el principio del debido proceso. La incautación del arma no fue ilegal, pero si así hubiera sido, no es el único sustento probatorio de la acusación. No comprendemos por qué la Defensa ignora por completo la abundante prueba testimonial y pericial ofrecidas. El arma integra solo uno de los medios de prueba ofrecidos (la prueba material), existiendo varios medios de prueba restantes que deben ser valorados por el sentenciante.

La defensa insiste en remarcar que la primera detención efectuada a AA, fue declarada ilegal tanto en primera como en segunda instancia.

Ahora bien, lo que omite expresar la Defensa, es que, al declararse ilegal la detención, se dio cumplimiento de inmediato a dicho auto, recuperando AA su libertad. Pasado un tiempo, se volvió a solicitar la detención de AA, la cual fue decretada en tiempo y forma, se realizó nuevamente la audiencia de control de detención y la misma fue declarada legal por la Sede competente, sin objeción, ni observación alguna de la Defensa, ni por supuesto recurso alguno.

La nueva detención, fue decretada legal y fue a partir de allí que se dio andamiaje al proceso judicial, con la subsiguiente formalización de AA, cumpliéndose con el debido proceso previsto en la Constitución.

Como es evidente todas estas precisiones no deberían ni siquiera señalarse en esta etapa procesal, porque directamente son cuestiones que, en un proceso acusatorio, ni siquiera deben ser conocidas por el Juez de Juicio, a efectos de no contaminarse con dichas cuestiones que fueron dirimidas en una etapa anterior y por el juez de garantías, que es el competente. Pretender que estas cuestiones, sean revisadas nuevamente por el Juez de juicio, cuando ya fueron resueltas por el Juez de garantías, nos resulta inadmisibles.

Sin embargo, la Defensa, insiste con afectar la imparcialidad del Juez de juicio con cuestiones previas y para mayor efectividad en su estrategia agrega una sentencia correspondiente al expediente de la etapa previa al juicio. En efecto, la Defensa incorporó en juicio la Sentencia N° 704 de fecha 13 de octubre de 2020 del TAP 1° Turno, como “prueba nueva”, cuando la misma no es más que



URUGUAY

SENTENCIA CASO 68/2021

Jurisprudencia

un fragmento del expediente de la etapa previa al juicio oral, en el cual entendió el Juez de Garantías competente.

La sentencia mencionada no hace más que confirmar la decisión de primera instancia en cuanto a que ciertas detenciones practicadas en el mes de enero de este año fueron consideradas ilegales por superar el lapso de 24 horas que prevé la Constitución. (...) Además existe a nuestro juicio una grave confusión de parte de la Defensa cuando dice que el Tribunal de Apelaciones entendió que el procedimiento policial fue ilegal. Ello no es así, lo ilegal fue la detención porque excedió el plazo de 24 horas. Pero toda la demás prueba recolectada, así como las incautaciones realizadas son perfectamente legales, porque de no serlo, la Defensa debió haber solicitado que así se declarara y no lo hizo. La única ilegalidad que reclamó fue la de la detención, no la de las incautaciones.

¿Qué puede tener de ilícito la incautación de un arma, con acta de incautación firmada y cadena de custodia, cuando además dicha incautación jamás fue objetada por la Defensa en la etapa oportuna? Si la Defensa entiende que la incautación del arma fue ilegal, debió solicitar que así lo declare, además de oponerse a la formalización de AA, y luego no permitir su incorporación en la audiencia de control de acusación. Nada de ello ocurrió, la incautación del arma fue legalmente efectuada, lo que se declaró ilegal en un primer momento fue una detención, que luego fue efectuada nuevamente y de forma legal.

Que la sentencia agregada por la Defensa en pleno juicio oral como prueba nueva, no debe bajo ninguna circunstancia ser valorada por el juez de juicio, porque pertenece a la etapa de investigación y ello está expresamente vedado por el art 271.1 del CPP.

La declaración de la testigo Graciela Marisol Godoy y su valoración en la sentencia atacada. Su declaración no es contradictoria y la misma declaró que vio a AA depositando el arma en su patio, mientras se acercaban los policías al barrio, por el camino que llega hasta su casa, que queda un tanto alejado de la avenida Chiquito Saravia. La inspección ocular e incautación del arma se suscitan naturalmente después que AA deposita el revólver allí, por lo que perfectamente pudo ser observado todo lo ocurrido por la testigo, en su propia casa.

Argumenta la defensa a fs. 109 que “tampoco se le exhibió a la misma (testigo BB) el acta de incautación de dicha arma, donde supuestamente surge su firma (fs 45) y ello le resta valor a su declaración testimonial”. No comparte dicho extremo, por cuanto el acta fue exhibida en juicio al funcionario que la confeccionó (GG), quien la reconoció y validó su contenido, tratándose además de un documento público, que hace plena fe por si mismo. El acta de inspección

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 68/2021

Jurisprudencia

ocular e incautación fue debidamente incorporada al juicio oral y prueba de ello es que la propia Defensa no se opuso a su incorporación.

Pero lo más importante a destacar, es que la propia testigo BB reconoció el procedimiento policial realizado en su domicilio, así como la incautación practicada.

La declaración del testigo Anderson Da Silva y su valoración en la sentencia atacada. El mismo es amigo del imputado AA, y aún así, el testigo, decidió con algo de pena, declarar lo que vio y presencié. Dicha circunstancia no hace más que aumentar la credibilidad del testigo.

La declaración del testigo HH y su valoración en la sentencia atacada. Este testigo manifestó que sabía que fue AA quien dejó el arma en el lugar de los hechos. El mismo estaba en el domicilio de BB el día de la incautación del arma.

La declaración del policía CC y su valoración en la sentencia atacada: no hay contradicción entre este testigo y la Sra. BB.

La declaración del policía GG y su valoración en la sentencia atacada: Este policía fue el que encontró el arma de fuego.

La valoración de la prueba material en la sentencia atacada.

La testigo BB, declaró: "la policía fue a mi casa... incautaron un arma del fondo de mi casa (Pista N° 7). Además, el acta de inspección ocular e incautación se incorporó debidamente en juicio, por el funcionario que la confeccionó y firmó, sin objeción alguna de la defensa, y se trata de un documento público que por supuesto debe ser valorada legalmente por el decisor.

Irrelevancia de la circunstancia de que el arma de fuego este apta o no para disparar. En primer lugar, no sabemos de dónde extrae la defensa la conclusión de que el arma no funciona. En segundo lugar, el artículo 9 de la Ley 19.247 en ningún momento distingue, al tipificar el delito, que el arma funcione o no funcione, el tipo penal no lo prevee. Y como sabemos, donde el legislador no distingue, no debe distinguir el intérprete.

En cuanto a que no se haya acreditado que AA haya obtenido el arma con posterioridad a la vigencia de la ley 19.247. Entiende que este punto es irrelevante, por cuanto lo que ha quedado comprobado en juicio es que AA el día 22 de enero de 2020 (e incluso varios días antes) tenía, traficaba, portaba en espacio públicos, un arma de fuego. Ese día cometió el delito, y ello ha quedado probado en autos.



URUGUAY

SENTENCIA CASO 68/2021

Jurisprudencia

En cuanto al guarismo de la pena. No comprende por qué sería excesiva una pena (12 meses de prisión) que se aproxima sensiblemente al mínimo legal. Debemos tener en cuenta que la pena máxima prevista legalmente es de seis años de penitenciaría. No debemos olvidar las circunstancias particulares del caso, que hablan de la peligrosidad del encausado, lo cual debe ser tenido en cuenta conforme al art. 86 del Código Penal. En el caso, el imputado frecuentemente trasladaba el arma por el barrio, exhibiéndosela a distintas personas, a veces a plena luz del día, y en lugares públicos ante la presencia de transeúntes que muchas veces eran menores de edad. Pero además el arma no tenía numeración visible ni datos identificatorios, lo cual, además de constituir delito por sí mismo (art. 13 de la Ley 19.247) nos permite presumir que dicha arma iba a ser utilizada para delinquir. De lo contrario, no existiría razón para ocultar sus datos identificatorios.

Se ha hecho dificultoso, entonces, determinar la procedencia del arma, justamente porque a la misma -deliberadamente- se le han suprimido sus datos identificatorios y numeración. Además, AA posee la calidad de reiterante, pesando sobre el mismo otra formalización. Entiende que AA es peligroso para la sociedad, y como tal debería ser juzgado.

En cuanto al no otorgamiento de la libertad vigilada. Debemos controvertir enfáticamente la afirmación de la Defensa a fs. 114, en cuanto a que AA es primario. Pesa sobre el mismo otra formalización por un delito de amenazas en reiteración real con tres delitos de lesiones personales, en IUE 2-44009/2020 de la Sede Letrada de Tacuarembó de 5° Turno.

Por lo dicho, queda claro que no se cumplen los requisitos previstos en las leyes 19.449 y 19.831 que permiten aplicar dicho instituto.

Correcta valoración de la prueba en la sentencia atacada.

En el caso de marras, la prueba diligenciada en juicio fue más que abundante y determinante para que la sentencia definitiva condene al imputado por el delito mencionado, por lo que abogamos por su confirmación. Pero, además, que la comisión del delito quedó corroborada por la propia Defensa, que jamás controvertió que ello haya ocurrido así en los hechos. Nunca se dijo por parte del Defensor que el arma incautada no fuera de Ignacio AA.

Solicita se eleven las presentes al Tribunal de Apelaciones que por turno corresponda.

En definitiva, se confirme en todos sus términos la sentencia recurrida.

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 68/2021

Jurisprudencia

4) Recibidos los autos se citó para sentencia y previo pasaje a estudio, la misma fue acordada en legal forma.

**CONSIDERANDO:**

**I) El Tribunal con la voluntad unánime de sus miembros naturales, revocará la sentencia impugnada, absolviéndose a AA del delito de Tráfico interno de armas de fuego, por los fundamentos que se expondrán a continuación.**

II) Tras el análisis del expediente, la Sala considera que no hay adecuación típica para la imputación que se efectuó en primera instancia, y en el caso en que sí la hay -artículo 10 de la ley N° 19.247- la ley N° 19.915 confiere un plazo para regularizar la situación que está vigente, y en consecuencia no puede dictarse una sentencia de condena.

En efecto.

III) La sentencia condena a AA, como autor penalmente responsable de un delito de Tráfico interno de armas de fuego ya que se acreditó que el día 22 de enero de 2020, se realizó un operativo policial en el barrio Godoy de la ciudad de Tacuarembó, ingresando la policía por la calle Chiquito Saravia, y AA al percatarse de la presencia policial corre a los fondos de una casa de propiedad de la Señora BB y se desprende del arma de fuego que tenía en su poder, un revólver calibre 38 que luego escondió debajo de un árbol.

La Defensa se agravia por diferentes motivos mientras que la Fiscalía sostiene que no existe ninguna irregularidad procesal en el trámite y que se probó plenamente que tenía en su poder el revólver en cuestión por la versión de testigos.

El punto es que efectivamente como alega la Señora Fiscal Letrado Departamental de Tacuarembó de 2° Turno, se acreditó que tenía en su poder el revólver según expresa a fojas 120 y 121 "...Ha quedado de manifiesto que AA "tenía" un arma de fuego la cual por supuesto adquirió o recibió dado que la misma no es de fabricación casera, ni fabricada por él."

La Fiscalía asocia en la contestación de agravios que para tener en su poder debió "adquirir o recibir a título oneroso o gratuito", pero el punto es que no existe la menor prueba de ninguna de esas dos circunstancias, esto es que la haya adquirido o la recibiera, por tanto, es una deducción o conjetura.



URUGUAY

SENTENCIA CASO 68/2021

Jurisprudencia

Pudo ser de otra manera por ejemplo que la encontrara en algún lugar, estuviera entre efectos de sus familiares en determinado sitio, o incluso que la hurtara o rapiñara.

Entonces ese hecho no encarta en ninguna de las situaciones previstas en el artículo 9 de la Ley N° 19.247.

Dice el artículo “...(Delito de tráfico interno, fabricación ilegal de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados). El que de cualquier modo adquiriere o recibiere a título oneroso o gratuito, arrendare, distribuyere, diere o tuviere en depósito, fabricare, armare, ensamblare, adulterare o vendiere armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, sin autorización o contraviniendo las normas legales, será castigado con una pena de seis meses de prisión a seis años de penitenciaría...”.

El amplio abanico de posibilidades hizo que se castigue directamente la sola tenencia en el artículo 10 de la ley mencionada.

Dice dicho artículo “...(Tenencia no autorizada).- El que fuera de las conductas previstas en el artículo precedente, y más allá del plazo previsto en el artículo 6° tuviere armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados sin la debida autorización, será castigado con una multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 1.000 UR (mil unidades reajustables)...”.

“La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad, en su vertiente del *nullum crimen sine lege*, sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo, no es típico, si no corresponde a la descripción contenida en una norma penal. Tipo es, por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal.” (CF. Francisco Muñoz Conde. Mercedes García Arán. Derecho Penal, Parte General, página 282).

La adecuación típica es de interpretación estricta, por tanto, los hechos probados en autos solamente encartan la violación al artículo 10 y no la del artículo 9° por el cual fue condenado en primer grado.

Por tanto, a esta altura del análisis lo que correspondería por el principio “*iura novit curiae*” sería modificar la calificación y confirmar parcialmente el fallo bajo esta imputación.

**URUGUAY**

SENTENCIA CASO 68/2021

Jurisprudencia

Ahora bien, ello no es posible porque el artículo 6° de la ley dio un plazo para regularizar o entregar las armas que estuvieran en poder de los ciudadanos en esas condiciones.

El artículo 6 de la ley N° 19.247 establece "... (Plazo para regularización). Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1°, concédese un plazo de doce meses, a contar desde la fecha de la reglamentación de esta ley, a efectos de que: A) Quienes ya posean armas de fuego, municiones, explosivos otros materiales relacionados en forma antirreglamentaria, regularicen su situación ante las dependencias del Ministerio del Interior y del Ministerio de Defensa Nacional habilitadas para tal fin. B) Se efectúe la entrega voluntaria de cualquier arma de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados que se posean a las dependencias del Ministerio del Interior o del Ministerio de Defensa Nacional, sin que deba justificarse su procedencia. Las armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados que sean entregadas voluntariamente en las dependencias del Ministerio del Interior o del Ministerio de Defensa Nacional serán inmediatamente derivadas al Servicio de Material y Armamento del Ejército a los efectos de su destrucción. Las personas que procedan de acuerdo con lo establecido en los literales A) y B) quedarán exceptuadas de las sanciones a que refiere el artículo 10 de esta ley...".

Posteriormente otras leyes prorrogaron el plazo de regularización, primero la ley N° 19.734 y actualmente la ley N° 19.915.

La Ley N° 19.915 dice en su artículo 1°: "Prorrógase el plazo establecido en el artículo 6° de la Ley N° 19.247, de 15 de agosto de 2014, el que será de dos años contados a partir del día 5 de enero del año 2020."

El artículo 2: "Encomiéndase al Poder Ejecutivo a realizar campañas de bien público a través de medios radiales, televisivos, internet u otros análogos, a los efectos de darle la mayor difusión a los aspectos que hacen a la regularización y a la tenencia responsable de las armas, de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 19.247, de 15 de agosto de 2014".

El artículo 3: "La presente ley entrará en vigencia con fecha 5 de enero del año 2020."

En función de ello, y con la normativa vigente, AA cuenta con plazo para presentarse a tramitar la regularización del revólver en cuestión hasta el 5 de enero del año 2022 o, entregarlo a las autoridades (Ministerio del Interior o de Defensa Nacional).

Resulta que ya está en poder de las autoridades, lo que tiene justificación por lo establecido en el artículo 2 de la ley que reza: "... (Incautación). Las armas de



URUGUAY

SENTENCIA CASO 68/2021

Jurisprudencia

fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados que no hayan sido debidamente autorizados, serán incautados sin perjuicio de la aplicación de las normas administrativas y penales correspondientes. Asimismo, se dispondrá la incautación en forma inmediata en aquellos casos cuyo titular haya sido procesado por delitos cometidos con violencia o con intimidación contra las personas, mediante el empleo de un arma de fuego o vinculados a violencia doméstica...”.

**En conclusión:** Sin pecar de ser reiterativos, entendemos que no hay adecuación típica para la imputación realizada en primer grado y, en el caso en que sí la hay, la ley confiere un plazo para regularizar la situación que está vigente, lo que hace que en el presente y en estas circunstancias no puede haber reproche penal por la conducta que quedó probada.

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo establecido en los artículos 6, 9,10 de la Ley N° 19247, artículo 1° de la Ley N° 19.915 y artículos 15,16, 119, 124, 125, 358 a 361 del Código del Proceso Penal, el Tribunal:

**F A L L A:**

**Revocase la sentencia de primera instancia, y en su lugar se dispone la absolución de AA del delito que le fuera imputado. Ejecutoriada la presente, declárase definitiva la libertad del mismo.**

Oportunamente devuélvase al Juzgado de origen.

Dr. Ricardo H.Miguez Isbarbo  
Ministro

Dr. José Balcaldi Tesauro  
Ministro

Dr. Daniel Tapie Santarelli  
Ministro



**VENEZUELA**

---

**BLODEPM**

Bloque de Defensores Públicos  
Oficiales del Mercosur

---



**VENEZUELA**  
CASO CARABOBO  
Fallos Remitidos

## FALLO REMITIDO

<b>País</b>	República Bolivariana de Venezuela
<b>Tribunal</b>	Corte de Apelaciones y Responsabilidad Penal del Adolescente, del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo.
<b>Materia</b>	Penal Ordinario
<b>Intervino La Defensoría Pública Oficial</b>	Recurso de Apelación de Autos interpuesto
<b>Datos del Defensor/a Público y Defensoría que intervino</b>	Abogado Víctor Hugo Arrieta Arguelles, Defensor Público Provisorio 17, en Penal Ordinario de la unidad Regional de la Defensa Pública, sede Valencia del estado Carabobo.
<b>Derechos involucrados</b>	Derecho a la Defensa y al Debido Proceso
<b>Breve relación de los hechos</b>	En fecha 25 de enero del año 2022, el Juzgado Sexto (6) de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial del estado Carabobo, en la oportunidad de la Audiencia de Presentación de Imputados, dictó medida PREVENTIVA PRIVATIVA DE LIBERTAD a los ciudadanos WILMAR COLINA, GUILLANOGARRIDO, JESÚS RIVAS, NELSY CONTRERAS y ANGEL ZAMBRANO, a quienes se les imputó la presunta comisión de los delitos de Trato Cruel e Inhumano, previsto y sancionado en el artículo 18 de la Ley Especial de Trato Cruel e Inhumano, Uso Indebido de Arma Orgánica, previsto y sancionado en el artículo 115 de la Ley para el Desarme y Control de Armas y Municiones y el delito de Privación Ilegítima de Libertad, previsto y sancionado en el artículo 174 del Código Penal, por considerar que estaban llenos los extremos de los artículos 236, 237 y 238 del Código Orgánico Procesal Penal, los cuales establecen los requisitos de procedencia de la privación de libertad, el peligro de fuga y el peligro de obstaculización, en este mismo orden, incurriendo en error al no motivar la decisión a la que arriba, conculcando de esta manera su derecho a la libertad como regla y desatendiendo lo establecido en los artículos 44 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece los modos por los cuales debe operar una detención y el debido proceso, respectivamente.
<b>Fundamentos de Derecho</b>	Artículos 44 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana De Venezuela.
<b>Contexto social y económico del caso</b>	En el momento de ocurrir los hechos los ciudadanos eran adolescentes.
<b>Instancia procesal en la que se emite la sentencia / fallo</b>	Sala 1 de la Corte de Apelaciones y Responsabilidad Penal del Adolescente del estado Carabobo



**VENEZUELA**  
CASO CARABOBO  
Fallos Remitidos

**Instrumento y/o criterio internacional invocado** Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en sus artículos 9 y 11.

**Medidas de reparación integral adoptadas** No aplica.

**Sentencia/Fallo** 1) SE ANULA la decisión dictada en fecha 25 de enero de 2022 por el Tribunal Sexto de Primera Instancia en funciones de Control de ese circuito Judicial Penal 2) SE ORDENA la inmediata Libertad Plena de los ciudadanos WILMAR COLINA, C.I. 22.417.222, GUILLANO GARRIDO, C.I.24.442.125, JESÚS RIVAS, C.I.25. 682.303, NELSY CONTRERAS, C.I. 29.726.916 y ANGEL ZAMBRANO,C.I. 20.383.173, plenamente identificados en autos todo de conformidad con previsto en los artículos 26,44 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 3) SE ORDENA librar oficio a la Fiscalía Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, a los fines de que se giren las instrucciones que a bien consideren la apertura a la investigación que se deriva de la presente decisión.

**Votación por la que fue adoptada** No aplica.

**Votos concurrentes o disidentes:** No aplica.

**Otros datos de interés:** <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones>



**VENEZUELA**  
SENTENCIA CASO CARABOBO  
Jurisprudencia



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
DEFENSA PÚBLICA



**VENEZUELA**

**SENTENCIA DE FECHA 14/02/2022. CORTE DE APELACIONES Y RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE, DEL CIRCUITO JUDICIAL PENAL DEL ESTADO CARABOBO.**

**NORMATIVA LEGAL: ARTÍCULOS 44 y 49 DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.**

**ASUNTO: APELACIÓN DE AUTOS**

**DESCRIPTORES: RECURSO, ORDEN PÚBLICO, DERECHOS HUMANOS.**

**TITULO**

Recurso de Apelación de Auto por falta de motivación en el otorgamiento de una Medida Preventiva Privativa de Libertad a los ciudadanos **WILMAR COLINA, GUILLANOGARRIDO, JESÚS RIVAS, NELSY CONTRERAS** y **ANGEL ZAMBRANO**, en la audiencia de Presentación de Imputados, y al no tomar en cuenta el Juez Aquo las previsiones de los artículos 8, 9 del Código Orgánico Procesal Penal, referidos a los Principio de Presunción de Inocencia y Afirmación de Libertad, respectivamente, en concordancia con los artículos 44 y 49 de Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

**SÍNTESIS LEGAL**

Recurso de Apelación de Autos interpuesto por el abogado **VICTOR HUGO ARRIETA ARGUELLES**, Defensor Público Provisorio 17, en Penal Ordinario de la unidad Regional de la Defensa Pública, sede Valencia del estado Carabobo, como representante y garante de los derechos que asisten a los ciudadanos mencionados up supra.

**RESUMEN DE DATOS**

En fecha 25 de enero del año 2022, el Juzgado Sexto (6) de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial del estado Carabobo, en la oportunidad de la



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

Audiencia de Presentación de Imputados, dictó medida PREVENTIVA PRIVATIVA DE LIBERTAD a los ciudadanos **WILMAR COLINA, GUILLANOGARRIDO, JESÚS RIVAS, NELSY CONTRERAS** y **ANGEL ZAMBRANO**, a quienes se les imputó la presunta comisión de los delitos de Trato Cruel e Inhumano, previsto y sancionado en el artículo 18 de la Ley Especial de Trato Cruel e Inhumano, Uso Indebido de Arma Orgánica, previsto y sancionado en el artículo 115 de la Ley para el Desarme y Control de Armas y Municiones y el delito de Privación Ilegítima de Libertad, previsto y sancionado en el artículo 174 del Código Penal, por considerar que estaban llenos los extremos de los artículos 236, 237 y 238 del Código Orgánico Procesal Penal, los cuales establecen los requisitos de procedencia de la privación de libertad, el peligro de fuga y el peligro de obstaculización, en este mismo orden, incurriendo en error al no motivar la decisión a la que arriba, conculcando de esta manera su derecho a la libertad como regla y desatendiendo lo establecido en los artículos 44 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece los modos por los cuales debe operar una detención y el debido proceso, respectivamente.

#### JUSTIFICACIÓN

En el marco del Recurso de Apelación de Autos, la Defensa Publica pretende que sea declarada con lugar el presente recurso, toda vez que el mismo se interpone en virtud de la decisión del Juzgado Sexto (6) de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial del estado Carabobo que en fecha 25 de Enero de 2022, que acordó medida Preventiva Privativa de Libertad en contra de sus representados **WILMAR COLINA, GUILLANO GARRIDO, JESÚS RIVAS, NELSY CONTRERAS** y **ANGEL ZAMBRANO**, no obstante que dentro de los alegatos de la Defensa se advertía al Tribunal que los mencionados ciudadanos fueron presentados con posterioridad a las 48 horas que establecen las normas, no fueron impuestos del precepto constitucional y por otro lado no estaban llenos los extremos de una flagrancia y no mediaba una orden judicial en contra de los mismos. Adicionalmente el Juez al momento de emitir la Resolución sobre la decisión incurrió en inmotivación incumpliendo con las previsiones del artículo 157 de la Ley Adjetiva Penal que establece “las decisiones del tribunal serán emitidas mediante sentencia o autos fundados” (omissis).

Fundamentando el presente recurso en los artículos 427 y 439 del Código Orgánico Procesal Penal los cuales establecen que las decisiones son impugnables cuando son desfavorables y el segundo de los artículos justificado en la privativa de libertad y en el gravamen irreparable como causales de impugnación.



### CONCLUSION

En definitiva, la Defensa Pública logró con el presente Recurso, garantizarle a los ciudadanos **WILMAR COLINA, GUILLANOGARRIDO, JESÚS RIVAS, NELSY CONTRERAS y ANGEL ZAMBRANO**, su libertad plena, al haber obtenido como resultado del mismo el pronunciamiento de la sala 1 de la Corte de Apelaciones y Responsabilidad Penal del Adolescente del estado Carabobo de la siguiente manera: 1) SE ANULA la decisión dictada en fecha 25 de enero de 2022 por el Tribunal Sexto de Primera Instancia en funciones de Control de ese circuito Judicial Penal 2) SE ORDENA la inmediata Libertad Plena de los ciudadanos WILMAR COLINA, C.I. 22.417.222, GUILLANO GARRIDO, C.I.24.442.125, JESÚS RIVAS, C.I.25. 682.303, NELSY CONTRERAS, C.I. 29.726.916 y ANGEL ZAMBRANO, C.I. 20.383.173, plenamente identificados en autos todo de conformidad con previsto en los artículos 26,44 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 3) SE ORDENA librar oficio a la Fiscalía Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, a los fines de que se giren las instrucciones que a bien consideren la apertura a la investigación que se deriva de la presente decisión.

La decisión que se anula en virtud del presente recurso produjo para los usuarios de la Defensa Pública un estado de indefensión y por ende una violación del Debido Proceso como Derechos Humanos garantizado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en sus artículos 9 y 11.



**VENEZUELA**  
SENTENCIA CASO CARABOBO  
Jurisprudencia



*REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA*  
*CIRCUITO JUDICIAL PENAL DEL ESTADO CARABOBO*  
*CORTE DE APELACIONES*  
Sala Nro. 01

**CERTIFICACIÓN**

Quien suscribe Abogada WALQUIRI ROMAN, Secretaria de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo, CERTIFICO, que la presente copia es traslado fiel y exacto de su original inserto en el asunto N° DR-2022-41735, la cual consta en el expediente, el cual cursa por ante la Sala N° 01 de esta Corte de Apelaciones. Certificación que se expide de conformidad con el Artículo 248 del Código de Procedimiento Civil Venezolano, en la Ciudad de Valencia, a los quince (15) días del mes de Febrero del año 2022. Años: 211° de la Independencia y 162° de la Federación.

**WALQUIRI ELENA ROMAN**  
*Secretaria de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo*



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA



PODER JUDICIAL

CIRCUITO JUDICIAL PENAL DEL ESTADO CARABOBO  
 CORTE DE APELACIONES Y RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE  
 SALA N° 1

Valencia, 14 de febrero de 2022

Años 211° y 162°

ASUNTO: DR-2022-41735  
 ASUNTO PRINCIPAL: CI-2022-374776

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

PONENTE: ALEJANDRO CHIRIMELLI

TRIBUNAL A QUO: SEXTO DE PRIMERA INSTANCIA EN FUNCION DE CONTROL  
 RECURRENTE: ABG. VICTOR HUGO ARRIETA ARGUELLES  
 IMPUTADOS: WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRIDO, JESÚS RIVAS, NELSY CONTRERAS, y ANGEL ZAMBRANO  
 FISCALIA: TRIGESIMO QUINTO DEL MINISTERIO PÚBLICO  
 DELITO: TRATO CRUEL E INHUMANO, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 18 DE LA LEY ESPECIAL DE TRATO CRUEL E INHUMANO; **USO INDEBIDO DE ARMA ORGANICA**, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 115 DE LA LEY PARA EL DESARME Y CONTRIOL DE ARMAS Y MUNICIONES, EN RELACIÓN AL CIUDADANO IMPUTADO CARRILLO GUILLIANO; **PRIVACIÓN ILEGITIMA DE LIBERTAD**, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 174 DEL CÓDIGO PENAL, EN RELACIÓN A LOS CIUDADANOS WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRIDO, JESÚS RIVAS, ANGEL ZAMBRANO Y NELSY CONTRERAS, EL DELITO DE TRATO INHUMANO, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY ESPECIAL DE TRATO E INHUMANO.  
 MATERIA: PENAL ORDINARIO.  
 TIPO DE RECURSO: APELACION DE AUTOS

MOTIVO: Recurso de Apelación de Autos interpuesto por el abogado VICTOR HUGO ARRIETA ARGUELLES, Defensor Público Provisorio N° 17, Penal ordinario de la Unidad de Defensa Pública, sede Valencia del estado Carabobo, Defensor de los derechos y garantías de los ciudadanos WILMAR COLINA, titular de la cédula de identidad Nro V-22.417.222, GUILLIANO GARRIDO, titular de la cédula de identidad Nro V-24.442.125, JESÚS RIVAS, titular de la cédula de identidad Nro V-25.682.909, NELSY CONTRERAS, titular de la cédula de identidad Nro V-29.726.916 y ANGEL ZAMBRANO, titular de la cédula de identidad Nro V-20.383.173, contra la decisión dictada en fecha 25 de enero de 2022, y fundamentada en la misma fecha, por el Tribunal Sexto en Función de Control de este Circuito Penal, mediante el cual declaró Medida de Arresto Domiciliario de conformidad con lo establecido 242 numeral 1 del Código Orgánico Procesal Penal, por



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

los delitos de **TRATO CRUEL E INHUMANO**, previsto y sancionado en el artículo 18 de la ley Especial de Trato Cruel e Inhumano; **USO INDEBIDO DE ARMA ORGANICA**, previsto y sancionado en el artículo 115 de la Ley para el Desarme y Control de Armas y Municiones, en relación al ciudadano imputado **CARRILLO GUILLIANO**; **PRIVACIÓN ILEGITIMA DE LIBERTAD** previsto y sancionado en el artículo 174 del Código penal, en relación a los ciudadanos **WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRIDO, JESÚS RIVAS, ANGEL ZAMBRANO Y NELSY CONTRERAS**, el delito de **TRATO INHUMANO**, previsto y sancionado en el artículo 17 de la ley Especial de Trato e Inhumano y decretó legalmente la aprehensión de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1 de la Constitución en relación con el artículo 234 del Texto Adjetivo Penal. (Según el a quo). Se designó Ponente al Juez **ALEJANDRO CHIRIMELLI**

**ANTECEDENTES**

Según Listado de Destinación llevado por la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos le correspondió el conocimiento del presente asunto penal al Abogado **ALEJANDRO CHIRIMELLI** (f.42).

En fecha 07 de febrero de 2022, esta Superioridad dictó auto (f. 43), por medio del cual ordena dar ingreso al Libro de Entrada y Salida de Asuntos llevado por esta Corte de Apelaciones.

En fecha 08 de febrero de 2022, esta Corte de Apelaciones Ordinaria y de la Sección de Responsabilidad Penal de Adolescente de este Circuito Judicial Penal, dictó decisión mediante el cual **ADMITIO** el Recurso de Apelación de Autos, interpuesto por el abogado **VICTOR HUGO ARRIETA ARGUELLES**, Defensor Público Provisorio N° 17, Penal ordinario de la Unidad de Defensa Pública, sede Valencia del estado Carabobo, Defensor de los derechos y garantías de los ciudadanos **WILMAR COLINA**, titular de la cédula de identidad Nro V-22.417.222, **GUILLIANO GARRIDO**, titular de la cédula de identidad Nro V-24.442.125, **JESÚS RIVAS**, titular de la cédula de identidad Nro V-25.682.909, **NELSY CONTRERAS**, titular de la cédula de identidad Nro V-28.726.916 y **ANGEL ZAMBRANO**, titular de la cédula de identidad Nro V-20.383.173, contra la decisión dictada en fecha 25 de enero de 2022, y fundamentada en la misma fecha, por el Tribunal Sexto en Función de Control de este Circuito Penal.

En fin, esta Superioridad, una vez revisadas y analizadas las actas procesales que contiene el asunto DR-2022-41735, antes de decidir, hace las siguientes observaciones:

**DE LA DECISIÓN RECURRIDA**

El Tribunal Sexto de Primera Instancia Estatal en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Carabobo, en decisión dictada en fecha 25 de enero y fundamentada en esa misma fecha, dictaminó lo siguiente:



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

“...En Valencia, el día de hoy, MARTES VEINTICINCO (25) de ENERO del año dos mil veinte y dos (2022), siendo las 4:00 horas de la tarde día fijado para la celebración de la AUDIENCIA DE PRESENTACIÓN en la causa signada con el N° CI-2022-374776 seguida a los ciudadanos 1. WILMAR COLINA, 2. GUILLIANO CARRILLO, 3. JESÚS RIVAS, 4. NEL\*Y CONTARAS, 5. ANGEL ZAMBRANO, en virtud de la Solicitud efectuada en el escrito presentado por la Fiscalía Trigésima Quinta 35° del Ministerio Público del Estado Carabobo; se constituye el Tribunal de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo, presidido por la Jueza Sexta de Control ABG. MARÍA EUGENIA VILLANUEVA BORG, asistido por la Abg. GENESIS MEDINA, quien actúa como Secretaria y el Alguacil asignado a sala Nordi Reyes. El Juez ordena se verifique la presencia de las partes, el Secretario hace constar que se encuentran presentes para la realización del acto en representación de la Fiscalía del Ministerio Público del estado Carabobo, el Fiscal Trigésimo Quinto Del Estado Carabobo, Abg. JOSE ALBERTO MORILLO, los imputados 1. WILMAR COLINA, 2. GUILLIANO GARRILLO, JESÚS RIVAS, 4. NELSY CONTRERAS, 5. ANGEL ZAMBRANO, quienes se encuentran asistido por la Defensa Pública Abg. VICTOR ARRIETA. Acto seguido, la Juez de Control da inicio al acto le concede la palabra al representante del Ministerio Público, quien expone de manera sucinta las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos; indicando que según Acta de Investigación Penal de fecha 23-01-2022 suscrita por funcionarios policiales adscritos a la POLICIA DEL ESTADO CARABOBO, ESTACION POLICIAL SANTA ROSA. Donde se determina la detención de los ciudadanos. 1. WILMAR COLINA, 2. GUILLIANO GARRILLO, 3. JESÚS RIVAS, 4. NELSY CONTRERAS, 5. ANGEL ZAMBRANO, por la presunta comisión del delito de TRATO CRUEL E INHUMANO, previsto y sancionado en el artículo 18 de la Ley especial de Trato Cruel e Inhumano, USO INDEBIDO DE ARMA ORGANICA, previsto y sancionado en el artículo 115 de la Ley para el Desarme y Control de Armas y Municiones, en relación al imputado GARRILLO GUILLIANO, PRIVACION ILEGITIMA DE LIBERTAD, previsto y sancionado en el artículo 174 del Código Penal, en relación a los imputados WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRILLO, JESÚS RIVAS, y ANGEL ZAMBRANO, y CONTRERAS NELSY, y en relación a la ciudadana CONTRERAS NELSY, solo el delito de TRATO INHUMANO, previsto y sancionado en el artículo 17 de la Ley Especial de Trato Cruel e Inhumano y el delito de PRIVACION ILEGITIMA DE LIBERTAD. Por los hechos de fecha 23-01-2022, por lo que se solicita una MEDIDA JUDICIAL PRIVATIVA PREVENTIVA DE LIBERTAD de conformidad con lo establecido en el artículo 236, 237 y 238, del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto la pena que fligera imponerse y se continúe el procedimiento vía ORDINARIO y se decrete la flagrancia y sean admitidas la precalificación fiscal. Es todo.” Oída la manifestación anterior, se le impone a los ciudadanos 1.- WILMAR COLINA, 2.- GUILLIANO GARRILLO, 3.- JESÚS RIVAS, 4. NELSY CONTRERAS, 5.- ANGEL ZAMBRANO, del Precepto Constitucional contenido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, especialmente en su ordinal 5to, el cual establece... “Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad...” y de las demás disposiciones legales aplicables, y se identifica de la siguiente manera 1. WILMAR COLINA de nacionalidad Venezolana natural de Valencia, Estado Carabobo de fecha de nacimiento 15-02-1992, de 29 años, titular de la Cédula de Identidad N° V-22.417.222, de profesión u oficio: funcionaria, estado civil: SOLTERO, domiciliado en: BARRIO LA DEMOCRACIA, CALLE SAN RAFAEL, CASA N° 54-14, MUNICIPIO VALENCIA, ESTADO CARABOBO. Quien expone: “me acso al precepto constitucional”. 2. GUILLIANO GARRILLO, de nacionalidad Venezolana natural de Valencia, Estado Carabobo de fecha de nacimiento 06-04-1995 de 26 años, titular de la Cédula de Identidad N° V-24.442.125, de profesión u oficio: funcionario, estado civil: SOLTERO, domiciliado en: MUNICIPIO CARLOS ARVELO, PARROQUIA GUIGUE, SECTOR LA ADUANA, CASA N° 6. Quien expone: buenas tardes, con respecto a lo del privación, mi trabajo se hizo lo más pronto posible, nunca desenfunde mi arma de fuego, si se le tiene que hacer una experticia pues excelente, cuando llegamos al lugar le pedimos a los ciudadanos los permisos y dijeron que no los tenía, cuando procedimos a sacar las cosas del lugar, nos lanzaron botella y me cayó en la cara, me robaron las llaves de la moto, y lo que hice fue que cuando me iban a grabar si le tumbé el teléfono al que me estaba grabando, y cuando lo llevamos a la estación policial se realizó todo el trámite correspondiente, y luego que llegó el fiscal se le explicó todo lo que estaba pasando, y que ya los ciudadanos estaban a la orden del ministerio público, luego la fiscal de los derechos humanos se reunió con los ciudadanos, y ella le dijo a una señora no voy a decir esto, y cuando ella se va a retirar nos dice que estamos detenidos, el el domingo como a las 4; de la tarde, le digo que el oficial Zambrano no estaba en el procedimiento, solo lo llamamos para un apoyo y más bien el salió lesionado y es por ello que yo le digo que si lo sacamos de las actuaciones policiales, y alguien que estaba con ella nos dice que no que los deje a todos, el día de ayer, es que nos informan bajo los cargos que vamos a quedar detenidos y que según por unas lesiones. Cuando estábamos sacando el licor, nos dice llévate esta caja de cerveza también maldito policía, y él se lesionó fue cuando pablo la caja de cerveza el mismo. 3.- JESÚS RIVAS, de nacionalidad Venezolana natural de Valencia, Estado Carabobo de fecha de nacimiento 27-10-1997, de 24 años, titular de la Cédula de Identidad N° V-25.682.909, de profesión u oficio funcionario, estado civil: SOLTERO, domiciliado en: CACERÍO LOS NARANJOS, PARROQUIA NEGRO PRIMERO, CASA N° 8/MUNICIPIO MENCIA, ESTADO



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

CARABOBO. Quien expone: "me acojo al precepto constitucional" 4, NELSY CONTRERAS, 1 me nacionalidad Venezolana natural de Valencia, Estado Carabobo de fecha de nacimiento 23-07-2000, de 21 años, titular de cédula de identidad N° V-29.726.916, de profesión u oficio: funcionario, estado civil: SOLTERO, domiciliado en: LA ADUANA GUAGUE CALLE PRIMERA TRANSVERSAL, CASA 111, MUNICIPIO CARLOS ARVELO. Quien exponerme acojo al precepto constitucional. 5.- ANGEL ZAMBRANO, de nacionalidad Venezolana natural de Valencia, Estado Carabobo de fecha de 31 años, titular de la Cédula de identidad N° V-20.383.173, de profesión u oficio: funcionario, estado civil: soltero, domiciliado en: URBANIZACION TRAPUICHITO, CASA N° 36, PARROQUIA MIGUEL PEÑA, MUNICIPIO VALENCIA. Quien expone: "en la actuación policial yo no me encontraba presente, ya que se puede constatar en el expediente de ayer que el oficial gemido solicita apoyo vía radio, y en el acta aparece que hay un funcionario lesionado, y ese funcionario soy yo, más bien a mí me golpean la cara, yo no entiendo como aparezco en la actuación si yo no estaba como funcionario actuante, solo preste apoyo y más bien resulte lesionado, yo me aparto y me fui a la estación, después fui a un centro médico por lo que me había pasado, en el acta de ayer se puede verificar que yo no estuve en el procedimiento, yo no detuve a nadie, yo no esposé a nadie, cuando estoy en la estación fue cuando vi a los ciudadanos detenidos.". Es todo. Seguidamente, el Juez concede el derecho de palabra al Defensa Pública ABG. VICTOR ARRIETA. Quien expone: " vista como ha sido la exposición del ministerio público, y lo revisado en las actuaciones y lo expuesto por mis asistidos, como punto previo voy a solicitar conforme al artículo 44 y 49 de la constitución, y el artículo 175 del código penal concatenado con el artículo 134 la nulidad por cuanto es violatorio, la detención que excede por más de 48 horas sin ser expuestos ante un órgano jurisdiccional, ya que se evidencia el acta policial de fecha 23-01-2022 donde el ministerio Público ABG. DESIRE DIAZ, ordena la detención de mis defendido, siendo presentados el día de hoy, por lo que considero que nos encontramos ante un acto viciado de nulidad y violatorio, asimismo el artículo 127 del código penal, ya que mis defendidos minutos antes de ser presentados es cuando se le leen los derechos, es ellos que realice dicha petición, en caso de que este tribunal considere, esta defensa se aparta de la precalificación jurídica, ya que considero desmedida, y considera que no se encuentra llenos los extremos de ley para acreditar los tipos penales señalados por la fiscalía, por cuanto podemos observar lesiones en contra de uno de mis asistidos presentes en la sala, por lo que considero en principio comenzó en una actuación policial concluyo en un estado de necesidad de los mismos defenderse, ya que las entrevistas insertas en las actuaciones demuestra que en el sitio se encontraban mas de 80 personas, adicionalmente ante la carencia de elementos insipientes de convicción para tal imputación, es importante señalar que se deje constancia lo declarado por Ángel Zambrano en el folio 23. Donde el acta policial reza que resultó lesionado, y fue el único momento donde es señalado, por lo que coloca al mismo fuera del procedimiento de sus compañeros, es por ello que esta defensa, por todo lo antes expuestos solicito conforme al principio de presunción de inocencia una medida menos gravosa a la solicitada por el ministerio público, pudiendo ser la del numeral 1o del artículo 242, del COPP, donde se puede tomar la privativa de libertad como un amosio domiciliario. Solicito copias, solicito una Medicaatura forense a mis defendidos que se encuentran lesionados. Es todo. Acto seguido El Juez, oídas las partes en Audiencia, se pronuncia de la siguiente manera PRIMERO; PUNTO PREVIO: de acuerdo a lo solicitado por la defensa este Tribunal declara sin lugar la nulidad de conformidad con lo establecido en el artículo 174 y 175 del código orgánico procesal penal. Ahora bien verificado como fueron las actuaciones el día 24-01-2022 todos los funcionarios presentes en sala explanan que ingresaron al palacio de justicia con el procedimiento en mano, dirigido a la sala de flagrancia con mención a la fiscalía tercera la cual existe que fue recibida en fecha 24-01-2022 a las 12:22 pm, lo que indica que los mismos no estaban detenidos desde el día 23-01-2022 DE LA MEDIDA APLICABLE: De la revisión de las actuaciones presentadas por el Ministerio Público y de las actas que conforman el expediente, se acredita elementos de convicción para estimar y presumir que los imputados 1. WILMAR COLINA, 2. GUILLIANO GARRILLO, 3. JESUS RIVAS, 4. NELSY CONTRERAS, 5. ANGEL ZAMBRANO, podría ser autor o participe de los hechos atribuidos por el representante fiscal, dichos elementos están determinados según acta policial donde señalan las circunstancias de modo tiempo y lugar, en la que ocurrieron los hechos, por la comisión del delito de TRATO CRUEL E INHUMANO, previsto y sancionado en el artículo 18 de la Ley especial de Trato Cruel e Inhumano, USO INDEBIDO DE ARMA ORGANICA, previsto y sancionado en el artículo 115 de la Ley para el Desarme y Control de Armas y Municiones, en relación al imputado GARRILLO GUILLIANO, PRIVACION ILEGITIMA DE LIBERTAD, previsto y sancionado en el artículo 174 del Código Penal, en relación a los imputados WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRILLO, JESUS RIVAS, y ANGEL ZAMBRANO, y CONTRERAS NELSY, y en relación a la ciudadana CONTRERAS NELSY, solo el delito de TRATO INHUMANO, previsto y sancionado en el artículo 17 de la Ley Especial de Trato Cruel e Inhumano y el delito de PRIVACION ILEGITIMA DE LIBERTAD., SEGUNDÓ. Este Tribunal acuerda en pación a la medida solicitada DECRETAR de conformidad con lo establecido en el art 242 N° 1. DETENCION DOMICILIARIA que deberá cumplir en su domicilio señalados por los imputados, 1. WILMAR COLINA, 2. GUILLIANO GARRILLO, 3. JESUS RIVAS, 4. NELSY CONTRERAS, 5. ANGEL ZAMBRANO., TERCERO: Se decreta la aprehensión como legal de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1 de la Constitución en relación con el artículo 234 del texto adjetivo penal y la autonomía del



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

*procedimiento ORDINARIO de conformidad con el artículo 373 del C.O.P.P. Se ordena oficial al órgano aprehensor para el traslado de. Quedan las partes notificadas de la presente decisión. La motiva se hará por auto separado Se acuerdan las copias solicitadas por la defensa. Librese los oficios correspondientes. Se leyó. Se terminó siendo las 5.25 de la tarde....."*

En fecha 25 de enero de 2022 Tribunal Sexto de Primera Instancia Municipal en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Carabobo, fundamento su decisión en los siguientes términos:

Omissis.

**\*... COMO PUNTO PREVIO:**

*Con respecto a la solicitud de nulidad absoluta realizada por la defensa técnica, de conformidad con lo establecido en el artículo 175 del Código Orgánico Procesal Penal, este Tribunal como punto previo de mero derecho y especial pronunciamiento, declara sin lugar dicha solicitud, toda vez, que en el presente proceso no se evidencian violaciones de derechos o garantías fundamentales que afecten de Nulidad Absoluta las presentes actuaciones, por las razones que se aducen a continuación: El proceso de maras se inicia con la denuncia formulada por el ciudadano RODRIGO RINCON por ante la Fiscalía Trigésima Quinta (35a) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, con competencia en materia de protección de derechos fundamentales, quien fue detenido en fecha 23/01/2022 por los funcionarios WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRILLO, JESÚS RIVAS, ÁNGEL ZAMBRANO Y NELSY CONTRERAS, adscritos AL CUERPO DE POLICIA NACIONAL BOLIVARIANA - CENTRO DE COORDINACION CARABOBO - ESTACION POLICIAL SANTA ROSA, hoy imputados en las presentes actuaciones.*

*Por tal motivo, la Representación Fiscal se presentó en dicho organismo policial a los fines de imponer a los imputados de maras de los hechos que dieron objeto al presente proceso, siendo los ciudadanos WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRILLO, JESÚS RIVAS, ANGEL ZAMBRANO Y NELSY CONTRERAS imputados de sus derechos en fecha 25/01/2022 a las 02:00 p.m. tal y como se evidenció a los folios (41-45) de la presente actuación, quedando a la orden del Ministerio Público, en virtud de ello, la fiscalía Trigésima Quinta (35a) del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, con competencia en materia de protección de derechos fundamentales, en fecha 25/01/2022 en la audiencia especial de presentación solicita la calificación de la detención en flagrancia la presunta comisión de los delitos supra indicados, solicitando como medida de coerción personal la privación judicial preventiva de libertad en contra de los imputados de maras.*

*Ahora bien, la solicitud de nulidad de actuaciones efectuada por la defensa técnica radica en la presunta violación de los derechos establecido en el artículo 44 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez la detención que exceda por más de 48 horas sin ser expuestos ante un órgano jurisdiccional, es violatoria, y siendo que sus defendidos fueron detenidos en fecha 23/01/2022, es por lo que solicita la nulidad de las actuaciones.*

*En consecuencia, esta Juzgadora pasa a verificar lo denunciado por la defensa técnica, y una vez revisadas las actuaciones se puede evidenciar que los mismos no fueron detenidos en fecha 23/01/2022 tal y como lo señala la defensa técnica pues de las actuaciones, se evidencia al folio (18) de la presente actuaciones que los funcionarios WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRILLO, JESÚS RIVAS, ANGEL ZAMBRANO Y NELSY CONTRERAS, adscritos AL CUERPO DE POLICIA NACIONAL BOLIVARIANA - CENTRO DE COORDINACION CARABOBO - ESTACION POLICIAL SANTA ROSA, quienes actuaron en el proceso donde resultaron detenidos los ciudadanos MARIBEL RIVAS BARRETO, ERICK JOSE PEROZO GUEVARA Y ROÑAL ANDRES RINCON CHIRIVELLA, consignaron las actuaciones policiales en fecha 24/01/2022 a las 12:22 p.m., ante la oficina de la Fiscalía de Flagrancia del Ministerio Público, por lo que se evidencia que no se encuentran detenidos desde el 23/01/2022, unido a ello, se evidencia a los folios (41-45) de la presente actuación que los ciudadanos WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRILLO, JESÚS RIVAS, ANGEL ZAMBRANO Y NELSY CONTRERAS fueron imputados de sus derechos en fecha 25/01/2022 a las 02:00 p.m. por lo que en criterio de quien aquí decide, no asiste la razón a la Defensa técnica al sustentar la solicitud de Nulidad Absoluta de las actuaciones, toda vez que, no emerge de las actuaciones hechos de vulneración de principios o garantías constitucionales que afecten el presente proceso.*

*de Nulidad Absoluta, declarándose en consecuencia la misma SIN LUGAR, quedando supeditado a la investigación que los imputados a través de su Defensa técnica desvirtúe con diligencias de investigación, el hecho punible atribuido, a los efectos del ulterior acto conclusivo. Y así se decide Ahora bien, a los efectos de dictar fundadamente el presente auto, este Tribunal esgrime las siguientes consideraciones: PRIMERO: Analizadas las actuaciones y escuchados los alegatos de las partes, se observa que concurren los presupuestos establecidos en el artículo 234 del Código Orgánico Procesal Penal, por lo que este Tribunal califica la aprehensión en flagrancia del ciudadano WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRILLO, JESÚS RIVAS, ANGEL ZAMBRANO Y NELSY CONTRERAS, por lo que se ordena seguir el procedimiento por la vía ordinaria. SEGUNDO: A tenor de lo previsto en el numeral 1° del artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, en relación con el artículo 242 ejusdem, se acredita la existencia de un hecho punible que atenta para privativa de*



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

libertad, cuya acción penal no se encuentra evidentemente prescrita. Hecho Punible precalificado por la Fiscalía como **PRIVACION ILEGITIMA DE LIBERTAD, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 174 DEL CÓDIGO PENAL**, para todos los imputados de marras, y adicionalmente el delito de **TRATO CRUEL E INHUMANO, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 18 DE LA LEY ESPECIAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES Y USO INDEBIDO DE ARMA ORGÁNICA, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 115 DE LA LEY PARA EL DESARME Y CONTROL DE ARMAS Y MUNICIONES** para el ciudadano GARRILLO GUILLIANO, y para la ciudadana CONTRERAS NELSY, el delito de **TRATO INHUMANO, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 17 DE LA LEY ESPECIAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES** y **PRIVACION ILEGITIMA DE LIBERTAD, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 174 DEL CÓDIGO PENAL** y así se decide.

**TERCERO:** A tenor de lo previsto en el numeral 2° del artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, se acredita la existencia de fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido presuntamente autor o participe en la comisión del mencionado hecho punible. Elementos de convicción cursantes en las actuaciones el tenor siguiente: 1. ACTA POLICIAL, DE FECHA 23/01/2022, SUSCRITA POR LOS FUNCIONARIOS ADSCRITOS AL CUERPO DE POLICIA NACIONAL BOLIVARIANA - CENTRO DE COORDINACIÓN CARABOBO - ESTACION POLICIAL SANTA ROSA.

2. ACTA DE LECTURA DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS DETENIDOS, DE FECHA 25/01/2022.

3. ACTAS DE ENTREVISTA RENDIDA POR LOS CIUDADANOS MARIBEL RIVAS BARRETO, ERICK JOSE PEROZO GUEVARA Y ROÑAL ANDRES RINCON CHIRIVELLA, DE FECHA 23/01/2022.

4. ACTA DE DENUNCIA EFECTUADA POR EL CIUDADANO RODRIGO RINCÓN, DE FECHA 23/02/2022.

5. EXPERTICIA DE RECONOCIMIENTO MEDICO LEGAL NRO 356-0814-0213-22, DE FECHA 25/01/2022.

6. EXPERTICIA DE RECONOCIMIENTO MEDICO LEGAL NRO 356-0814-0211-22, DE FECHA 25/01/2022.

7. EXPERTICIA DE RECONOCIMIENTO MEDICO LEGAL NRO 356-0814-0212-22, DE FECHA 25/01/2022.

8. ACTA POLICIAL DE FECHA 23/01/2022, DONDE SE DEJA CONSTANCIA DE LA DETENCIÓN DE MARIBEL RIVAS BARRETO, ERICK JOSE PEROZO GUEVARA Y ROÑAL ANDRES RINCON CHIRIVELLA, EFECTUADA POR IMPUTADOS DE MARRAS.

9. ORDEN FISCAL DE INICIO DE INVESTIGACIÓN, DE FECHA 23/01/2022.

**CUARTO:** A tenor de lo previsto en el numeral 3° del artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, se presume razonablemente las circunstancias del peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad, en virtud de la magnitud del daño se estima como GRAVE, la posible pena a imponer, que pudiera exceder de los ocho (08) años, por lo que estima este tribunal la concurrencia de los tres (3) requisitos exigidos en el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, en relación con el artículo 237 numerales 2° y 3° y párrafo primero *ejusdem*, siendo en consecuencia procedente decretar MEDIDA DE PRIVACION JUDICIAL PREVENTIVA DE LIBERTAD en contra de los ciudadanos WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRILLO, JESÚS RIVAS, ANGEL ZAMBRANO Y NELSY CONTRERAS, por la presunta comisión del delito de **PRIVACION ILEGITIMA DE LIBERTAD, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 174 DEL CÓDIGO PENAL**, y adicionalmente el delito de **TRATO CRUEL E INHUMANO, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 18 DE LA LEY ESPECIAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES Y USO INDEBIDO DE ARMA ORGÁNICA, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 115 DE LA LEY PARA EL DESARME Y CONTROL DE ARMAS Y MUNICIONES** para el ciudadano GARRILLO GUILLIANO, y para la ciudadana CONTRERAS NELSY, el delito de **TRATO INHUMANO, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 17 DE LA LEY ESPECIAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES** y **PRIVACION ILEGITIMA DE LIBERTAD, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 174 DEL CÓDIGO PENAL**. Y así se decide.

**SITIO DE RECLUSIÓN**

Con base en la decisión dictada por este Tribunal mediante la cual decreta Medida de Privación Judicial Preventiva de Libertad en contra de los imputados de autos WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRILLO, JESÚS RIVAS y ANGEL ZAMBRANO, de conformidad con lo previsto en el numeral 5. del artículo 240 del Código Orgánico Procesal Penal, se ordena como sitio de reclusión el **INTERNADO JUDICIAL DE CARABOBO**, ubicado en el sector Tocuyito del Municipio Libertador del Estado Carabobo y para la ciudadana Y NELSY CONTRERAS, el **CENTRO DE RECLUSIÓN FEMENINO ANEXO AL INTERNADO JUDICIAL CARABOBO**. Y así se decide.

**DISPOSITIVA**

Por consiguiente, procediendo de conformidad con lo pautado en el artículo 236, 237 y 240, todos del Código Orgánico Procesal Penal, este Tribunal Sexto de Primera Instancia en función de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo, Administrando Justicia, en Nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por Autoridad de la Ley, emite los siguientes pronunciamientos: **PRIMERO:** De conformidad con lo establecido en el artículo 44 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 234 del Código Orgánico Procesal Penal, se decreta la detención en flagrancia de los imputados de autos, por la presunta comisión del delito de **PRIVACION ILEGITIMA DE LIBERTAD, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 174 DEL CÓDIGO PENAL**, y adicionalmente al delito de **TRATO CRUEL E INHUMANO, PREVISTO Y SANCIONADO EN**



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

EL ARTICULO 18 DE LA LEY ESPECIAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES y USO INDEBIDO DE ARMA ORGÁNICA, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 115 DE LA LEY PARA EL DESARME Y CONTROL DE ARMAS Y MUNICIONES para el ciudadano GARRILLO GUILLIANO, y para la ciudadana CONTRERAS NELSY, el delito de TRATO INHUMANO, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 17 DE LA LEY ESPECIAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES y PRIVACION ILEGITIMA DE LIBERTAD, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 174 DEL CÓDIGO PENAL. SEGUNDO: En consecuencia, a tenor de lo previsto en los artículos 236 numerales 1, 2, 3 y 237 numerales 2a y 3a y párrafo primero y 240 todos del Código Orgánico Procesal Penal, este Tribunal dicta **MEDIDA DE PRIVACION JUDICIAL PREVENTIVA DE LIBERTAD** en contra de los ciudadanos: **WILMAR COLINA**, de nacionalidad Venezolana natural de Valencia, Estado Carabobo de fecha de nacimiento 15-02-1992, de 29 años, titular de la Cédula de Identidad N° V- 22 417 222, de profesión u oficio: funcionaria, estado civil: SOLTERO, domiciliado en: BARRIO LA DEMOCRACIA, CALLE SAN RAFAEL, CASA N° 54-14, MUNICIPIO VALENCIA, ESTADO CARABOBO, **JESÚS RIVAS**, de nacionalidad Venezolana natural de Valencia, Estado Carabobo de fecha de nacimiento 27-10-1997, de 24 años, titular de la Cédula de Identidad N° V-25.682.909, de profesión u oficio: funcionario, estado civil: SOLTERO, domiciliado en CACERIO LOS NARANJOS, PARROQUIA NEGRO PRIMERO, CASA N° SI, MUNICIPIO VALENCIA, ESTADO CARABOBO y **ANGEL ZAMBRANO**, de nacionalidad Venezolana natural de Valencia, Estado Carabobo de fecha de nacimiento 18.05-1990 de 31 años, titular de la Cédula de Identidad N° V-20.383.173, de profesión u oficio: funcionario, estado civil: SOLTERO, domiciliado en: URBANIZACION TRAPUICHITO, CASA N° 36, PARROQUIA MIGUEL PEÑAMUNICIPIO VALENCIA, ESTADO CARABOBO, por la presunta comisión del delito de PRIVACION ILEGITIMA DE LIBERTAD, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 174 DEL CÓDIGO PENAL, al ciudadano GUILLIANO GARRILLO, nacionalidad Venezolana natural de Valencia, Estado Carabobo de fecha de nacimiento 05-04-1995 de 26 años, titular de la Cédula de Identidad N° V-24.442.125, de profesión u oficio: funcionario, estado civil: SOLTERO, domiciliado en: MUNICIPIO CARLOS ARVELO, PARROQUIA GUIGUE, SECTOR LA ADUANA, CASA N° 6, ESTADO CARABOBO, por la presunta comisión de los delitos de PRIVACION ILEGITIMA DE LIBERTAD, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 174 DEL CÓDIGO PENAL, TRATO CRUEL E INHUMANO, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 18 DE LA LEY ESPECIAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES y USO INDEBIDO DE ARMA ORGÁNICA, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 115 DE LA LEY PARA EL DESARME Y CONTROL DE ARMAS Y MUNICIONES, y a la ciudadana NELSY CONTRERAS, de nacionalidad Venezolana natural de Valencia, Estado Carabobo de fecha de nacimiento 23-07-2000, de 21 años, titular de la Cédula de Identidad N° V-29.726.916, de profesión u oficio: funcionario, estado civil: SOLTERO, domiciliado en: LA ADUANA, GUIGUE, CALLE PRIMERA TRANSVERSAL, CASA 111, MUNICIPIO CARLOS ARVELO, ESTADO CARABOBO, por la presunta comisión de los delitos de PRIVACION ILEGITIMA DE LIBERTAD, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 174 DEL CÓDIGO PENAL y el delito de TRATO INHUMANO, PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 17 DE LA LEY ESPECIAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. TERCERO: Prohíbese el procedimiento por la vía ORDINARIA, de conformidad con lo establecido en el artículo 373 del Código Orgánico Procesal Penal. CUARTO: Se ordena como sitio de reclusión de los imputados WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRILLO, JESÚS RIVAS y ANGEL ZAMBRANO, el INTERNADO JUDICIAL DE CARABOBO y para la ciudadana NELSY CONTRERAS, el CENTRO DE RECLUSIÓN FEMENINO ANEXO AL INTERNADO JUDICIAL CARABOBO QUINTO: Se declara sin lugar la solicitud de nulidad efectuada por la defensa técnica, en los términos anteriormente expuestos. SEXTO: Se acuerda la práctica de Examen médico forense a los imputados de marras. Las partes quedaron notificadas que el Auto Motivado se haría por separado. Dado, firmada y sellada, en la Sala de Audiencias del Tribunal Sexto de Primera Instancia en función de Control del Circuito Judicial penal del Estado Carabobo. En la ciudad de Valencia, en la fecha y al supra indicada. (cursiva de esta Alzada)

**FUNDAMENTOS DEL RECURRENTE**

En fecha 27 de enero de 2022, el abogado VICTOR HUGO ARRIETA ARGUELLES, Defensor Público Provisorio N° 17, Penal ordinario adscrito a la Unidad de Defensa Pública, sede Valencia del estado Carabobo, Defensor de los derechos y garantías de los ciudadanos WILMAR COLINA, titular de la cédula de identidad Nro V-22.417.222, GUILLIANO GARRILLO, titular de la cédula de identidad Nro V-24.442.125, JESÚS RIVAS, titular de la cédula de identidad Nro V-25.682.303, NELSY CONTRERAS, titular de la cédula de identidad Nro V-29.726.916 y ANGEL ZAMBRANO, titular de la cédula de



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

identidad Nro V-20.383.173, presentó Recurso de Apelación de Autos, en los siguientes términos (f. 01 al 18):

..Quien suscribe, Abg. VICTOR HUGO ARRIETA ARGUELLES, Defensor Público Provisorio N° 17 penal ordinario, adscrito a la Defensa Pública del Estado Carabobo, designado mediante Resolución Administrativa N° DDPG-2020-236 de fecha 16/09/2020 Domicilio procesal: Estado Carabobo, Municipio Valencia, Parroquia La Candelana, AV Aranzazu, entre calle Silva y Canteura, edificio Palacio de Justicia, Planta Baja, Oficinas 1 y 2, Telf: 0241-8360750, despacho ubicado dentro de las instalaciones del Palacio de Justicia, frente a la Defensoría Décimo Quinta Penal Ordinario, al lado derecho de la Defensoría Sexta Penal Ordinario y detrás se encuentra el despacho de la Defensoría Décimo Cuarta Penal Ordinario. Correo electrónico institucional: victor.arrieta@defensapublica.gob.ve y vhamietaa@gmail.com; en procedimiento seguido a los ciudadanos WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRIDO, JESÚS RIVAS, NELSY CONTRERAS Y ANGEL ZAMBRANO, titular de la Cédula de Identidad N° 22.417.222, 24.442.125, 25.682.909, 29.726916 y 20.383.173 respectivamente respecto ocurrió a fin exponer.

Siendo la oportunidad legal prevista en el Artículo 440 de Código Orgánico Procesal Penal, para ejercer por intermedio de este Tribunal RECURSO DE APELACIÓN de conformidad con lo establecido en los Artículos 424, 427, 439; contra la decisión dictada en fecha 25 de Enero de 2022, por este digno Tribunal de Control N° 6 del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo.

**CAPITULO I**

Vista que en fecha 25 de Enero de 2022, fue publicada la resolución en el presente asunto, sin que hasta la fecha haya sido debidamente notificado por el Tribunal A-quo, es por lo que en este mismo acto me doy por notificado formalmente Así mismo de conformidad con el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el cual establece "...El sistema de justicia esté constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación..." subrayado, negrita y cursiva propio; me acredita la legitimidad para actuar en representación del nombrado ciudadano, en este acto asistido por mi persona en la investigación penal intentada por el Representante del Ministerio Público, y en consecuencia estando dentro del lapso legal para recurrir así lo hago.

**CAPITULO II**

**ANTECEDENTES DEL CASO SUB-EXAMINE**

La causa cuya decisión se recurre, se inicia en fecha 25-01-2022, oportunidad en que se presenta como imputado al ciudadano WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRIDO, JESÚS RIVAS, NELSY CONTRERAS Y ANGEL ZAMBRANO, titular de la Cédula de Identidad N° 22.417.222, 24.442.125, 25.682.909, 29.726.916 Y 20.383.173 respectivamente, a una Audiencia Especial de presentación ante el Juez de Control N° 6, del Circuito Judicial del Estado Carabobo, a quien se le imputo los delitos de TRATO CRUEL E INHUMANO previsto y sancionado en el artículo 18 de la Ley Especial de Trato Cruel e Inhumano; USO INDEBIDO DE ARMA ORGÁNICA, previsto y sancionado en el artículo 115 de la Ley para el Desarme y Control de Armas y Municiones, en relación al ciudadano imputado CARRILLO GUILLIANO; PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LIBERTAD, previsto y sancionado en el artículo 174 del Código Penal Venezolano Vigente, en relación a los ciudadanos imputados WILMAR COLINA, CARRILLO GUILLIANO, JESÚS RIVAS, ANGEL ZAMBRANO Y CONTRERAS NELSI, y en relación a la ciudadana imputada CONTRERAS NELSI, el delito de TRATO INHUMANO, previsto y sancionado en el artículo 17 de la Ley Especial de Trato Cruel e Inhumano, presentación solicitada por el Fiscal 35 del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, el Representante del Ministerio Público en dicho acto, solicita para mis representados una PRIVACIÓN JUDICIAL PREVENTIVA DE LIBERTAD sin haber señalado los motivos por los cuales considera concurrente dichos delitos, al igual que no existe pronunciamiento de sí por qué se considera que la detención fue flagrante y aún más grave no hace un análisis motivado del porque considera de manera específica en el presente caso que existe peligro de fuga y peligro de obstaculización, se trata de ciudadanos que tienen buena reputación y de honorabilidad que puede ser comprobada por cuanto son ciudadanos sanos y a criterio de quien aca suscribe debe ser tomado en consideración. **CAPITULO III FUNDAMENTO LEGAL DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Con el debido respeto que se merece este Tribunal de Primera Instancia en funciones de Control N° 6, del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo, esta Defensa recurre de la Decisión de Decretar Medida de Privación Judicial Preventiva de Libertad en base a los siguientes artículos:

Del Código Orgánico Procesal Penal:  
 Artículos 8, 9, 427 y 439 en sus numerales 4o y 5o.  
 Artículo 8 referente a la Presunción de Inocencia;  
 artículo 9 referente a la Afirmación de Libertad; artículo  
 427 sobre el Agravio y artículo 439 sobre las  
 decisiones recurribles.

2. De la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.



## VENEZUELA

### SENTENCIA CASO CARABOBO

#### Jurisprudencia

Artículos 44, 49, numeral 1 y 8, Artículos referentes a:

La Libertad Personal, Derecho al Debido Proceso y Responsabilidad del Estado por errores judiciales.

Con respecto al artículo 236 de nuestro Código Orgánico Procesal Penal, que dice: "...el juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá decretar la privación preventiva de la libertad del imputado..." (...Omissis...), en cuanto al numeral 2: "... Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o participe en la comisión de un hecho punible..." El Tribunal de Control N° 6 para esta defensa, mal como una decisión, al decretar Medida Privativa Preventiva Judicial de Libertad de una persona, por cuanto no existen elementos de convicción que aseguren que el mismo actuó para cometer un hecho punible, en las actuaciones iniciales, se evidencia que los delitos atribuidos a los mismos mal aplicados, al en consecuencia se invoca el PRINCIPIO INDUBIO PRO REO por cuanto la carencia en el hecho narrado, favorece a más defendidos donde se presume conforme a derecho su inocencia. Con respecto al Numeral 3: "...una presunción razonable, por la apreciación de la circunstancia del caso en particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad..." del citado artículo para presumir el peligro de fuga o de la obstaculización en la búsqueda de la verdad, nos tenemos que remitir al artículo 237 ejusdem, que establece: "... 1o Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento a la familia; 4° El comportamiento del imputado durante el proceso; 5o La conducta predelictual del imputado..." Con respecto al numeral 1o, el imputado manifestó en audiencia especial de presentación tener una dirección cierta y fija y como anteriormente lo exprese, dirección fija para el momento cuando ocurrieron los hechos. En cuanto al numeral 4o y numeral 5o, no consta en actas de ninguna manera que mi defendido tenga alguna conducta predelictual y eso se evidencia en la Audiencia Especial de Presentación de Imputados y en las entrevista realizada al mismo, es un ciudadano de buena reputación y reconocida familia. En relación al Parágrafo Primero del Citado artículo donde "...e presume el peligro de fuga en casos de hechos punibles con penas privativas de libertad, cuyo término máximo sea igual o superior a diez años..." por ello NO PUEDE SER OPERABLE EL PELIGRO DE FUGA por las anteriores consideraciones y menos aun se encuentran llenos los extremos de ley en relación a ese artículo.

En este orden de idea la Sala de Casación Penal ha establecido:

Se ha establecido de forma pacífica y reiterada por los tribunales de alzada (Ej: Causa G001-R-05-202, Sala 1 Corte de Carabobo, 09-06-06 ponente María Arellano) y por el Tribunal Supremo de Justicia, "que el juez al momento de dictar una medida de privación judicial preventiva de libertad, debe hacerlo mediante una resolución judicial fundada, conforme lo preceptúa el artículo 232 del Código Orgánico Procesal Penal, a saber: el hecho punible con pena privativa de libertad y acción penal no prescrita; los fundados elementos de convicción contra el imputado y el periculum in mora, representado en el peligro de fuga y de obstaculización de algún acto concreto de la investigación; pero no sin antes, determinar de manera específica si la aprehensión fue o no en Flagrancia, en cuanto modo, lugar y tiempo como lo establece el artículo 248 (234 Vigerite) del Código Orgánico Procesal Penal"

Todo lo expuesto anteriormente, demuestra claramente y vuelvo a RATIFICAR que NO se llenan los extremos exigidos por los artículos 236 y 237 del Código Orgánico Procesal Penal, para Decretar la medida de privación judicial preventiva de libertad, el Tribunal de Control 8, publica una motiva totalmente infundada en hecho y derecho.

Ciudadanos magistrados de esta Honorable Corte, el reconocimiento de inocencia debe verse como un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un solo plano: el plano procesal; y que encuentra un influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Es una institución de carácter extraordinario y excepcional que reconociendo el principio de seguridad jurídica surgido con la sentencia definitiva, tiene por objeto corregir verdaderas injusticias cometidas por el juzgador penal, cuando habiendo condenado a una persona, posteriormente se demuestre de manera fehaciente e indubitable que es inocente. Se considera una decisión importante, atribuirle responsabilidad penal a una persona, y esta decisión se encuentra en manos del Estado en la investidura del juzgador u operador de justicia investido por el poder judicial; por lo que debe considerar en suma la preeminencia de los derechos humanos. Esto en virtud de que el proceso penal ocasiona serias consecuencias en la vida de los seres humanos sometidos al jus puniendi de los Estados, que van desde la pérdida de libertad hasta la estigmatización frente a la sociedad.

En este sentido, en el ámbito penal internacional, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, no se trata de un tratado internacional que vincule jurídicamente a los Estados que lo firman, pero sí ha llegado a ser considerada como una norma de Derecho Internacional consuetudinario, dada su amplia aceptación; además, algunos ordenamientos nacionales se remiten a ella para la interpretación de sus propios derechos fundamentales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) fue adoptado por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, y entró en vigor el 23 de marzo de 1976, tras haber sido ratificado por los primeros 35 Estados. Así, los distintos ordenamientos jurídicos consagran dentro del derecho a la defensa, la presunción de inocencia. Las Constituciones lo regulan expresamente en concordancia con las normas contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales.



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) expresa, junto al derecho a la presunción de inocencia, el derecho de toda persona acusada de delito a un juicio público en el que le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Aun cuando nos encontramos en una etapa de investigación, esta defensa nota que no se puede presumir la culpabilidad de mis asistidos, considerando un peligro de fuga que no está encuadrado en el caso que nos ocupa y menos una violación en el principio que a consideración de que quien acá suscribe es uno de los más importantes y es el de la Presunción de Inocencia, reconocido en las legislaciones penales tanto Nacionales como Internacionales, eso debe prevalecer en el momento de tomar decisiones que afecten la situación jurídica de cualquier persona, aun cuando no hay una decisión que diga que fue vulnerado, debería tomarse en cuenta para flexibilizar la medida acordada por el tribunal que atendió la presente causa en su origen.

**DEL VICIO DE FALTA DE MOTIVACIÓN O INMOTIVACION DE LA SENTENCIA QUE ACUERDA LA MEDIDA DE PRIVACIÓN JUDICIAL PREVENTIVA DE LIBERTAD**

Se evidencia de las actuaciones que, la Audiencia Especial de Presentación de Imputados, se efectuó de fecha veinticinco (25) de enero del 2022 y Publicado en extenso en esa misma fecha, el Juzgado aquí, acordó la aplicación del procedimiento por vía ordinaria y otorgó Medida Privativa Judicial Preventiva de Libertad de conformidad con lo previsto en el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, por la presunta comisión de los delitos arriba expuestos, por lo que esta defensa considera que en el caso que nos ocupa, no se encuentran llenos los extremos exigidos en el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal.

En este sentido se desprende de la misma motiva publicada por el Juzgado Primero en Funciones de Control, que existe incongruencia y falta de claridad en la motiva publicada, en virtud que al principio de la misma señalan otros hechos, otros testigos, y otras circunstancias del cual de la misma lectura de la misma se desprenden que corresponde a otro asunto.

Ciudadanos Jueces de la Corte de Apelaciones, el Código Orgánico Procesal Penal, establece el derecho que poseen las partes de impugnar las decisiones judiciales que les sean desfavorables, por los medios y en los casos expresamente establecidos en él, lo que constituye la impugnabilidad objetiva a que se contrae el artículo 423 del mencionado instrumento legal; cuya esencia radica en la necesidad de someter a revisión una determinada decisión judicial, bien por parte del mismo Tribunal que la dictó, o bien por una instancia superior, con el fin de corregir los errores de hecho o de derecho en que se hubiese podido incurrir al momento de emitir el fallo.

Esta necesidad de establecer Recursos contra las decisiones judiciales ha sido definida por el Maestro Arninio Borjas en los siguientes términos:

"si es natural esperar sabiduría, integridad y madurez de juicio en los jueces y demás funcionarios encargados de administrar la justicia penal y admitir que sus sentencias y decisiones han de ser expresión de lo verdadero, de lo equitativo y de lo justo, no lo es menos que en todo hombre juzgado y condenado hay un incontenible sentimiento de protesta y una instintiva necesidad de someter el fallo que no le es favorable a la revisión y examen de otra autoridad, que siempre se supone mejor preparada para sentir, interpretar y aplicar *Yajusms*. En todas las épocas históricas y en todos los países se ha procurado dar satisfacción a esa explicable necesidad humana, estableciéndose la institución de la apelación, que es una garantía pública contra los errores de la ignorancia, los abusos de la arbitrariedad y la fallibilidad del criterio del hombre".

Este Derecho a recurrir del fallo dictado, es inherente a la Garantía del Debido Proceso, que se encuentra consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 49, que expresamente así lo establece en su ordinal 1, en el que dispone que Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley. Así como, igualmente, en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", que en su artículo 8, ordinal 2, letra h, relativo, a las Garantías Judiciales, establece entre las garantías mínimas durante el proceso, el derecho de toda persona, en pleno igualdad de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, y, así mismo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su ordinal 5 del artículo 14 establece el derecho de toda persona declarada culpable de un delito, a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. En este sentido, los recursos constituyen los medios de impugnación que consagra la ley contra las decisiones judiciales, a objeto de que los errores en que se hubiera podido incurrir en las mismas puedan ser corregidos por el propio tribunal que la dictó o por la respectiva instancia superior, de allí que se justifique en esta oportunidad la necesidad de APELAR la decisión dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia Estatal v Municipal en Funciones de Control Del Circuito Judicial Penal Del Estado Carabobo, de fecha veinticinco (25) de enero del 2022 y Publicado en extenso en esta misma fecha.

Ciudadanos Jueces de la Corte de Apelaciones, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoce el Debido Proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas, ella ha dispuesto la manera de instrumentar la protección de ese Derecho dentro del proceso en general, aplicables también al proceso penal, a través del ejercicio del Derecho a la tutela judicial efectiva, donde es precisamente al imputado o acusado el que necesita mayor tutela, porque es contra quien recae el ejercicio del Poder Penal del Estado. Siendo así, el decreto de MEDIDA DE PRIVACIÓN JUDICIAL PREVENTIVA DE LIBERTAD, sólo puede darse previa contestación en los



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

casos particulares de los extremos previamente establecidos por el legislador, concretamente los pautados en el artículo 236 de la norma adjetiva penal, de allí que se indique que es de carácter taxativo, sin poderse considerar cualquier motivo extraño a éstos, por cuanto significaría vulnerar todas las instituciones que establecen el Debido Proceso.

Como consecuencia directa de la taxatividad, la MEDIDA DE PRIVACIÓN JUDICIAL PREVENTIVA DE LIBERTAD, es de derecho estricto ya que no existe interpretación analógica alguna de los supuestos para su procedencia, por lo que el juzgador no podrá crear por la vía de la interpretación, causales diferentes a las prescritas. Más sin embargo, esta característica no excluye toda interpretación que el juzgador deba hacer para apreciar los extremos establecidos por el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, puesto que el peligro de fuga o la obstaculización de la investigación son cuestiones de hecho que deben ser apreciadas según las pruebas producidas en cada caso, a través de la sana crítica, las reglas de la lógica y las máximas de experiencia; sin dejar de considerar que el legislador impone presunciones *juris tantum* de fuga y de obstaculización.

De lo expresado debemos acotar, que se hace necesario determinar en el caso concreto, la procedencia o no de la MEDIDA PREVENTIVA PRIVATIVA JUDICIAL DE LIBERTAD, para lo cual el Juzgador debe hacer un análisis de la disposición contenida en el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, debiendo fundamentalmente destacarse que para que estén llenos los extremos en ella contemplados, son necesarios y CONCURRENTES los supuestos establecidos en la citada norma para su procedencia, vale decir, la existencia de un hecho punible, los fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o participe en la comisión de un hecho punible, so pena de incurrir en el vicio de falta de motivación o inmotivación de la sentencia (situación que se verifica en el caso de autos).

Ciudadanos Jueces de la Corte de Apelaciones, la sentencia dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia Estadal y Municipal en Funciones de Control Del Circuito Judicial Penal Del Estado Carabobo de fecha veinticinco (25) de enero del 2022 y Publicado en extenso en esa misma fecha la opinión de esta Defensa Pública adolece del vicio de INMOTIVACIÓN, por las consideraciones jurisprudenciales y doctrinarias siguientes:

Omissis

**CAPITULO V**  
**DE LA MEDIDA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y LA PRESUNTA**  
**COMISIÓN DEL DELITO**

En este sentido es necesario resaltar, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela al referirse al Derecho fundamental de la libertad personal, que la regla general es que las personas deben ser juzgadas en libertad excepto por las razones que establezca la Ley. Este derecho de la Libertad personal no sólo se encuentra tutelado constitucionalmente sino que el Código Orgánico Procesal Penal, entre otras leyes, igualmente lo protege como se evidencia, por ejemplo del contenido del Artículo 229 consagra que toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, salvo las excepciones establecidas en este Código.

Las medidas de coerción personal (privativa o sustitutiva), sólo pueden darse previa constatación en los casos particulares de los extremos previamente establecidos por el legislador, concretamente los pautados en el artículo 236 y 237 de la norma adjetiva penal, de allí que se indique que es de carácter taxativo, sin poderse considerar cualquier motivo extraño a éstos, por cuanto significaría vulnerar todas las instituciones que establecen el debido proceso. Como consecuencia directa de la taxatividad, la MEDIDA DE PRIVACIÓN JUDICIAL PREVENTIVA DE LIBERTAD y la MENOS GRAVOSA, es de derecho estricto ya que no existe interpretación analógica alguna de los supuestos para su procedencia, por lo que el juzgador no podrá crear por la vía de la interpretación, causales diferentes a las prescritas. Más sin embargo, esta característica no excluye toda interpretación que el juzgador deba hacer para apreciar los extremos establecidos por el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, puesto que el peligro de fuga o la obstaculización de la investigación son cuestiones de hecho que deben ser apreciadas según las pruebas producidas en cada caso, a través de la sana crítica, las reglas de la lógica y las máximas de experiencia; sin dejar de considerar que el legislador impone presunciones *juris tantum* de fuga y de obstaculización. De lo expresado debemos acotar, que se hace necesario determinar en el caso concreto, la procedencia o no de la Medida de coerción personal, para lo cual el Juzgador debe hacer un análisis de la disposición contenida en el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, debiendo fundamentalmente destacarse que, para que estén llenos los extremos en ella contemplados, son necesarios y CONCURRENTES los supuestos establecidos en la citada norma para su procedencia, vale decir, la existencia de un hecho punible, los fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o participe en la comisión del hecho punible planeado, y la presunción razonable por la apreciación de las circunstancias del caso concreto, del peligro de fuga o de la obstaculización en la búsqueda de la verdad.

Ya para concluir la Defensa Pública desea resaltar, que el Juzgador hizo constar en la decisión recurrida, que no existen suficientes elementos de convicción tal como lo señala el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, para decretar



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

medida de PRIVACIÓN JUDICIAL PREVENTIVA DE LIBERTAD, elementos estos que se pueden evidenciar en el auto motivado presentado por la misma en sus consideraciones para decidir, señalados en la tercera consideración enumerando los mismos, pero es importante señalar que en la Audiencia Especial de Presentación de Imputados celebrada en fecha 25/01/2022, esta Defensa denuncia distintos vicios e incongruencias en las actuaciones que fueron presentadas por la representación del ministerio público, actuaciones que fueron tomadas como ELEMENTOS DE CONVICCIONES y esos mismos ELEMENTOS son los que valora el tribunal para decidir, y en el texto íntegro de decisión se observa que se deja constancia de tal denuncia, como es la detención del mis asistidos en fecha 23/01/2022, pero los mismos se encontraban como funcionarios actuantes en fecha 24/01/2022 consignando un procedimiento ante la Fiscalía de Flagrancia del Ministerio Público con sede en las instalaciones del Circuito Judicial Penal de Estado Carabobo siendo recibido a las 12:22 horas de la tarde pero los mismos fueron puestos a orden del Tribunal A-quo en fecha 25/01/2022, donde la lectura de derechos de imputados fue de esa misma fecha a las 2:14 horas de la tarde por lo que llama la atención a quien aca suscribe que tal denuncia se deja constancia en el acto donde fueron presentado mis asistidos, en el auto motivado, pero no fue tomado en cuenta al momento de admitir la ABERRANTE imputación atribuida por el representante de la Fiscalía 35 del ministerio público, lo que nos lleva a un DESASTRE PROCESA, del que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha realizado pronunciamiento en sus sentencias N.º 217 de fecha 1 de diciembre de 2020 y sentencia N.º 754 de fecha 9 de diciembre de 2021 y Sala Penal en la sentencia N.º 058 de fecha 19 de Julio de 2021, condición y situación que pretende legalizar el Ministerio Público y reafirmar el tribunal conecedor del presente asunto penal, en fin, no se especifica ni argumenta los reales y verdaderos elementos de hecho y defecho por los cuales fueron imputados y privados de libertad mis asistidos WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRIDO, JESÚS RIVAS, NELSY CONTRERAS Y ANGEL ZAMBRANO el Juzgador debió analizar en su totalidad si estaban satisfechos o no los tres (3) requisitos del Artículo 236 y los cinco (5) requisitos exigidos en el Artículo 237 ambos del Código Orgánico Procesal Penal.

Al no tomar en cuenta el Juzgador, estos elementos argumentados por la Defensa Pública, para desvirtuar las condiciones de procedencia alegadas por el Ministerio Público para solicitar la MEDIDA PRIVATIVA JUDICIAL PREVENTIVA DE LIBERTAD establecida en el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, es por lo que se afirma que el juzgador incurrió en una flagrante violación del debido proceso, del derecho a la defensa y del derecho de ser juzgado en libertad en perjuicio de los derechos de mi defendido.

En general la Jueza de Control, para decretar la MEDIDA PRIVATIVA JUDICIAL PREVENTIVA DE LIBERTAD, no debe limitarse a estimar la presunción razonable de peligro de fuga por la concurrencia de sólo (2) circunstancias, esto es, "la posible pena a imponerse y/o la magnitud del daño causado", toda vez que, debe analizar detenidamente todos y cada uno de los supuestos preceptuados en el artículo 237 del Código Orgánico Procesal Penal, de modo tal que pueda determinar si todos se encuentran o no satisfechos, pues lo contrario implica evidente violación a los principios constitucionales del Debido Proceso, derecho a la Defensa, inocencia y Proporcionalidad.

**PETITORIO**

Por lo antes expuesto, Solicito a la Sala de la Corte de Apelaciones que haya de conocer del presente Recurso de Apelación: **PRIMERO:** Sea declarado ADMISIBLE el Recurso de Apelación interpuesto contra de la decisión dictada por el Juzgado Sexto de Primera Instancia Estatal y Municipal en Funciones de Control Del Circuito Judicial Penal Del Estado Carabobo, fecha veinticinco (25) de enero del 2022 y Publicado en extenso en esa misma fecha, por cuanto llena los extremos previsto en el artículo 440 y 424 del Código Orgánico Procesal Penal, al no estar incurso en los supuestos de inadmisibilidad consagrados en el 428 ejusdem. **SEGUNDO:** Sea declarado CON LUGAR el presente RECURSO DE APELACIÓN. **TERCERO:** Sea revocada la decisión dictada por el Juzgado Sexto de Primera Instancia Estatal y Municipal en Funciones de Control Del Circuito Judicial Penal Del Estado Carabobo. **CUARTO:** Se acuerde la libertad plena de mis defendidos WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRIDO, JESÚS RIVAS, NELSY CONTRERAS Y ANGEL ZAMBRANO o en su defecto se acuerde una Medida Cautelar de las menos gravosas de las contenidas en el artículo 242 del Código Orgánico Procesal Penal. **QUINTO:** Por último solicito se emplee al Fiscal del Ministerio Público que conozca del caso, para que de contestación al presente Recurso de Apelación, tal como lo establece el artículo 441 del Código Orgánico Procesal Penal. En Valencia a los veintisiete (27) días del mes de Enero del Dos mil

**DE LA CONTESTACIÓN**

1 La ciudadana Jueza del Tribunal en Sexto en Función de Control de la Sección de Adolescente este Circuito Judicial Penal del estado Carabobo, por auto de fecha 27 de



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

enero de 2022, emplazó al Representante de la Fiscalía Trigésimo Quinto del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, observándose que dio contestación al escrito de apelación, accionado por el abogado VICTOR HUGO ARRIETA ARGUELLES, Defensor Público Provisorio N° 17, Penal ordinario adscrito a la Unidad de Defensa Pública, sede Valencia del estado Carabobo, en los siguientes términos:

... Quien suscribe ABG. DESIRET DÍAZ GIL, actuando en mi carácter de Fiscal Provisorio Trigésimo Quinto del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo con competencia en Materia de Protección de Derechos Fundamentales, en la causa seguida a los imputados WILMARY ISABEL COLINA DURAN, titular de la cédula de Identidad N° V- 22.147.222, GIULLIANO ENMANUEL GARILLO JIMÉNEZ, titular de la cédula de Identidad N° V-24.442.125, JESÚS FERNANDO RIVAS REQUENA, titular de la Cédula de Identidad N° V-25.682.303, NELSY FRANCHESKA CONTRERAS PEREZ, titular de la cédula de Identidad Np V- 29.726.916 y ÁNGEL MANUEL ZAMBRANO MONTILLA, titular de la cédula de Identidad N° V- 20.383.173, por la presunta comisión del delito de Privación ilegítima de Libertad, previsto y sancionado en el artículo 174 del Código Penal para todos los imputados de masas, y adicionalmente el delito de Trato Cruel e Inhumano, previsto y sancionado en el artículo 18 de la Ley Especial para Prevenir y Sancionar la Tortura y Otros Tratos Crueles e Inhumanos o Degradantes, y Uso Indebido de Arma Orgánica, previsto y sancionado en el artículo 115 de la Ley para el Desarme y Control de Armas y Municiones para el ciudadano Guilliano Carrillo, y para la ciudadana Nelsy Contreras, el delito de Trato Inhumano, previsto y sancionado en el artículo 17 de la Ley Especial para Prevenir y Sancionar la Tortura y otros Tratos Crueles, inhumanos y Degradantes y Privación Ilegítima de Libertad, previsto y sancionado en el artículo 174 del Código Penal, ante usted ocurre respetuosamente a los fines de dar CONTESTACIÓN, como en efecto lo hago, al RECURSO DE APELACIÓN DE AUTO, como en efecto lo hago, interpuesto contra la decisión dictada por el Tribunal Sexto (6°) de primera instancia en Funciones de Control, en fecha veinticinco (25) de enero de 2022 en la actuación principal signada bajo el N° 2020-374776, según lo contemplado en el artículo 441 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de la Ley del Código Orgánico Procesal Penal lo cual hacemos en los siguientes términos

**CAPÍTULO I**  
**PUNTO PREVIO**

En la presente causa, fuimos notificados de la presentación del RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el abogado VICTOR HUGO ARRIETA ARGUELLES, en su carácter de defensor público provisorio No. 17 penal ordinario de los ciudadanos WILMAR COLINA, GUILLIANO CARRILLO, JESÚS RIVAS, NELSY CONTRERAS Y ANGEL ZAMBRANO, identificados *ultra supra*, contra la decisión de auto motivado de fecha 25-01-2022, dictada por el Tribunal Sexto de Primera Instancia en Función de Control del estado Carabobo, siendo emplazada esta oficina fiscal el día 27 de enero de 2022, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 441 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual establece: "Presentado el recurso, el Juez o Jueza emplazará a las otras partes para que lo contesten dentro de tres días...", por lo que estamos en la oportunidad legal de dar contestación, de acuerdo a lo preceptuado en el citado artículo.

**CAPÍTULO II**

**FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN DE AUTO**  
 La defensa en su Recurso de Apelación manifiesta que la motiva de la Audiencia Especial de Presentación de imputados, de fecha 25 de enero de 2022 y publicada en extenso en esa misma fecha adolece del vicio de FALTA DE MOTIVACION O INMOTIVACION de la sentencia que acuerda la medida de Privación Judicial Preventiva de Libertad, pues el juzgador en su análisis no llenó los extremos establecidos en el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, que le permiten emitir el fallo. Es decir, considera el apelante que no se expresaron las razones de hecho y de derecho hiladas de manera lógica y jurídica que permitan entender en qué elementos de convicción se basó el operador de justicia para dictar la sentencia y lo cual vicia de nulidad absoluta el fallo dictado en dicha audiencia de presentación.

Al respecto es necesario traer a colación lo expuesto por la Jueza Sexta al momento de dictar el fallo del auto recurrido:

"Ahora bien, a los efectos de dictar fundadamente el presente auto, este Tribunal esgrime las siguientes consideraciones: PRIMERO: Analizadas las actuaciones y escuchados los alegatos de las partes, se observa que concurren los presupuestos establecidos en el artículo 234 del Código Orgánico Procesal Penal, por lo que este Tribunal califica la aprehensión en flagrancia del ciudadano WILMAR COLINA, GUILLIANO CARRILLO, JESÚS RIVAS, ANGEL ZAMBRANO Y NELSY CONTRERAS, POR LO QUE SE ORDENA SEGUIR EL PROCEDIMIENTO POR LA VIA ORDINARIA"

Establece el artículo 234 del Código Orgánico Procesal Penal, lo siguiente: "Para los efectos de este Capítulo, se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o al



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

que acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso o sospechosa se vea perseguido o perseguida por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos y otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él o ella es el autor o autora (...)

De acuerdo con esta definición de aprehensión en flagrancia que contiene el citado artículo en Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia No. 2580 del 2001, establece:

Omissis.

En cuanto a la Medida de Privación de Libertad, en un proceso penal la procedencia legal para privar "momentáneamente" a una persona de lo más preciado que es su juzgamiento en libertad, se encuentra establecido en el artículo 236 de nuestro Código Orgánico Procesal Penal, el cual señala que el juez de Primera Instancia en Funciones de Control de la Jurisdicción territorial donde ocurrieron los hechos, a solicitud del Ministerio Público, podrá decretar la privación PREVENTIVA de libertad del imputado, siempre que sea acreditada la existencia de tres aspectos básicos conocidos como requisitos, los cuales deben ser analizados rigidamente, el cual transcribo de seguida:

**"Artículo 236. Procedencia. El Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado siempre que se acredite la existencia de:**

1. Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita;
2. Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado o imputada ha sido autor o autora, o participe en la comisión de un hecho punible;
3. Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación".

Cabe destacar ciudadanos Magistrados que de todos y cada uno la Juez a que dejó constancia y fundamentó en el auto apelado, lo cual se evidencia así.

Omissis.

Como se puede observar del fallo impugnado, la Jueza de Control tomó en consideración el resultado que arrojaron los actos traidos al proceso por el Ministerio Público para luego establecer el porqué de la calificación jurídica atribuida por el Ministerio se ajusta al caso de autos, y de acuerdo a lo expuesto en el acta policial, se puede evidenciar que, por hora, los hechos guardan relación con los requisitos configurativos de los delitos mencionados, cumpliéndose así con los requisitos configurativos de los delitos.

Sin embargo, es menester recordar a la defensa, que como es sabido la causa interpuesta se encuentra en la fase inicial del proceso, y por ende restan actuaciones que deben practicarse y que dicha calificación jurídica es provisional y puede cambiar en el desarrollo de la investigación, que es donde se logrará determinar la posible responsabilidad o no de cada uno de los imputados, de manera que las calificaciones atribuidas respecto de los delitos imputados constituye una precalificación, que como tal tiene una naturaleza eventual, que se ajusta únicamente a dar en términos provisionales, forma típica a la conducta humana desarrollada por los imputados, dado lo inicial e incipiente en que se encuentra el proceso penal al momento de llevarse a cabo la audiencia especial de presentación de los imputados en marra.

Ahora bien, en cuanto a la suficiencia de elementos de convicción previstos en el numeral 2o del artículo 2.36 en cuestión, evidenciamos en auto lo siguiente:

Omissis.

Por todo lo antes expuesto, en opinión de quien aquí suscribe se encuentran llenos, al mismo tiempo, todos los requisitos exigidos en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, y así quedó establecido en el fallo motivo de apelación, y así espero sea observado por los Magistrados de la Corte de Apelaciones que le corresponda el conocimiento, estudio y decisión de la presente contestación al Recurso de Apelación de Auto, interpuesto por el Abg. VICTOR HUGO ARRIETA ARGUELLES, Defensor Público Provisional No. 17 penal ordinario, de los ciudadanos WILMAR COLINA, Cédula de Identidad No. V- 22.147.222, GUILLIANO CARRILLO, Cédula de Identidad No. V-24.442.125, JESÚS RIVAS, Cédula de Identidad No. V-25.882.303, NELSY CONTRERAS, Cédula de Identidad No. V- 29.726.916 y ANGEL ZAMBRANO, Cédula de Identidad No. V-20.383.173.

Así mismo, es imperioso dejar sentado que es el Estado el primer interesado en que se alcance el más alto grado de justicia, se ha garantizado en todo momento los derechos de los imputados, y se les han respetado sus garantías constitucionales, incluso la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 49, numeral 2 Constitucional, de cuyo noble principio tanto constitucional como procesalmente gozan los imputados. Incluso, es función de los representantes del Ministerio Público velar por la correcta aplicación de la ley adecuando nuestros actos a un criterio objetivo por lo que, recordemos que aún nos encontramos dentro del lapso procesal establecido para la fase de investigación, de manera que se perfeccionara en la presentación del acto conclusivo que le corresponde acordar a la Vindicta Pública, luego de realizar las investigaciones complementarias correspondientes, debiendo el juez conocedor de la causa en el acto de audiencia preliminar, determinar si se encuentra ajustada a derecho, a los fines de ser admitida, pues, es precisamente en la fase de investigación que circunstancias como las que alega la Defensa en el escrito recursivo, serán despejadas con el devenir del

*WAL*



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

proceso, o sea, luego que el Ministerio Público realice todas las actuaciones que considere pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, con el fin de obtener la verdad a través de las vías jurídicas y la aplicación del derecho, por lo que no encontrándose concluida la fase de investigación, la Defensa podrá exigir dentro de la investigación fiscal, las diligencias que estime conducentes para establecer lo que favorezca a sus defendidos.

**CAPÍTULO**  
**PETITORIO**

Por todo lo antes expuesto, esta Representación Fiscal determina que la decisión del Tribunal Sexto (6o) de Primera Instancia de Control de esta Circunscripción Judicial Penal se encuentra suficientemente motivada, siendo coherente y apegada a derecho, razón por la cual solicitamos se admita la presente contestación al Recurso de Apelación, y sea declarado SIN LUGAR el Recurso de Apelación de Auto ejercido por el Abogado VICTOR HUGO ARRIETA ARGUELLES, Defensor Público Provisorio No. 17 penal ordinario, adscrito a la Defensa Pública del Estado Carabobo, designado mediante Resolución Administrativa No. DDPG-2020-236, de los ciudadanos WILMAR COLINA, Cédula de Identidad No V 22.147.222, GUILLIANO GARRILLO, Cédula de Identidad No. V-24.442.125, JESÚS RIVAS; Cédula de Identidad No. V-25.682.303, NELSY CONTRERAS, Cédula de Identidad No. Y. 29.726.916 y ANGEL ZAMBRANO, Cédula de Identidad No. V-20.383.173, contra la decisión de auto motivado de fecha 25 de enero de 2022 dictada por el Tribunal Sexto de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo.

**CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

Procede esta Corte de Apelaciones al análisis de la impugnación realizada por el abogado VICTOR HUGO ARRIETA ARGUELLES, Defensor Público Provisorio N° 17, Penal ordinario de la Unidad de Defensa Pública, sede Valencia del estado Carabobo, Defensor de los derechos y garantías de los ciudadano WILMAR COLINA, titular de la cédula de identidad Nro V-22.417.222, GUILLIANO GARRIDO, titular de la cédula de identidad Nro V-24.442.125, JESÚS RIVAS, titular de la cédula de identidad Nro V-25.682.303, NELSY CONTRERAS, titular de la cédula de identidad Nro V-29.726.916 y ANGEL ZAMBRANO, titular de la cédula de identidad Nro V-20.383.173, contra la decisión dictada en fecha 25 de enero de 2022, por el Tribunal Sexto en Función de Control de este Circuito Penal, mediante el cual declaró Medida de Arresto Domiciliario de conformidad con lo establecido 242 numeral 1 del Código Orgánico Procesal Penal, por los delitos de TRATO CRUEL E INHUMANO, previsto y sancionado en el artículo 18 de la ley Especial de Trato Cruel e Inhumano; USO INDEBIDO DE ARMA ORGANICA, previsto y sancionado en el artículo 115 de la Ley para el Desarme y Control de Armas y Municiones, en relación al ciudadano imputado CARRILLO GUILLIANO, los delitos de PRIVACIÓN ILEGITIMA DE LIBERTAD, previsto y sancionado en el artículo 174 del Código penal, en relación a los ciudadanos WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRIDO, JESÚS RIVAS, ANGEL ZAMBRANO Y NELSY CONTRERAS, el delito de TRATO INHUMANO, previsto y sancionado en el artículo 17 de la ley Especial de Trato e Inhumano y decretó legalmente la aprehensión de conformidad con lo establecido en el artículo 44.1 de la Constitución en relación con el artículo 234 del Texto Adjetivo Penal, (Según el Tribunal A quo) siendo que su inconformidad radica que sus defendidos no fueron detenidos en flagrancia, transcribiéndose de su escrito recursivo lo siguiente:

omissis.

La causa cuyo decisión se recurre, se inicia en fecha 25-01-2022, oportunidad en que se presenta como imputado al ciudadano WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRIDO, JESÚS RIVAS, NELSY CONTRERAS Y ANGEL ZAMBRANO, titular de la Cédula de Identidad N° 22.417.222, 24.442.125, 25.682.909, 29.726.916 Y 20.383.173 respectivamente, a una Audiencia Especial de presentación ante el Juez de Control N° 5, del Circuito Judicial del Estado Carabobo, a quien se le imputo los delitos de TRATO CRUEL E INHUMANO previsto y



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

sancionado en el artículo 18 de la Ley Especial de Trato Cruel e Inhumano; USO INDEBIDO DE ARMA ORGÁNICA, previsto y sancionado en el artículo 115 de la Ley para el Desarme y Control de Armas y Municiones, en relación al ciudadano imputado CARRILLO GUILLIANO, PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LIBERTAD, previsto y sancionado en el artículo 174 del Código Penal Venezolano Vigente, en relación a los ciudadanos imputados WILMAR COLINA, CARRILLO GUILLIANO, JESÚS RIVAS, ANGEL ZAMBRANO Y CONTRERAS NELSI, y en relación a la ciudadana imputada CONTRERAS NELSI, el delito de TRATO INHUMANO, previsto y sancionado en el artículo 17 de la Ley Especial de Trato Cruel e Inhumano, presentación solicitada por el Fiscal 35 del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo; el Representante del Ministerio Público en dicho acto, solicita para mis representados una PRIVACIÓN JUDICIAL PREVENTIVA DE LIBERTAD sin haber señalado los motivos por los cuales considera concurrente dichos delitos, al igual que no existe pronunciamiento de el por qué se considera que la detención fue flagrante y aún más grave no hace un análisis motivado del porque considera de manera específica en el presente caso que existe peligro de fuga y peligro de obstaculización, se trata de ciudadanos que tienen buena reputación y de honorabilidad que puede ser comprobada por cuanto son ciudadanos sanos y a criterio de quien aca suscribe debe ser tomado en consideración....omissis.. (Cursiva de la Alzada).

En virtud del extracto que antecede, procede esta Instancia Superior a verificar si efectivamente el Juez en su motivación señaló los suficientes elementos de convicción para crear su análisis interno de la convicción de la certeza positiva o negativa en el presente fallo, pudiendo constatar esta Alzada lo siguiente:

Cursa a los foios (41 al 45) del asunto principal signado con el N° CI-2022-374776, actas de Derechos del Imputados, donde se constató que los referidos imputados firman dichas actas en las cuales se les leen sus derechos establecido en el artículo 127 del Código Orgánico Procesal Penal, en fecha 25/01/2022, a las 2:09 pm, horas de la tarde, es decir dos (02) horas antes de efectuarse la audiencia de presentación ante el Tribunal Sexto de Primera Instancias en Función de Control del estado Carabobo, violentando el precepto Constitucional.

En ese sentido, y en concordancia con el artículo 49 de la Carta Magna (Debido Proceso), toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o persona de su confianza, y éstos, a su vez, tienen el derecho a ser informados sobre el lugar donde se encuentra la persona detenida, a ser notificados inmediatamente de los motivos de la detención y a que dejen constancia escrita en el expediente sobre el estado físico y psíquico de la persona detenida, ya sea por sí mismos, o con el auxilio de especialistas. Todo ello, registrado de manera escrita por las autoridades competentes, quienes a su vez están obligados a identificarse debidamente.

Todo lo que suceda al margen de lo previamente mencionado se considera una detención arbitraria y por ende una violación al derecho a la libertad personal que gozamos todas las personas. Es importante que las autoridades competentes recuerden que debe existir una orden judicial o flagrancia para poder practicar una detención de una persona, las cuales están predeterminadas por la comisión de un hecho punible (delito) tipificado como tal en nuestra legislación.

Finalmente queremos señalar que, aun cumpliendo con los requisitos mínimos recogidos en la ley vigente, la labor y desempeño de los cuerpos de seguridad del Estado y demás



VENEZUELA  
SENTENCIA CASO CARABOBO  
Jurisprudencia

organismos involucrados en el proceso (Ministerio Público y tribunales) no termina allí; las personas legalmente aprehendidas o privadas de libertad se encuentran bajo el resguardo exclusivo del Estado y por tanto debe velarse por la garantía de sus derechos humanos, especialmente aquellos basados en las reglas de actuación policial (art. 119) y los derechos de los imputados (art. 127) establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal.

En este orden, es menester referir para quienes conforman este Tribunal Colegiado que, dentro del ámbito de competencia de la fase preparatoria, el o la Jurisdicente como garante de las normas procesales, deberá dar cabal cumplimiento a lo establecido en la Norma Penal Adjetiva, encontrándose en la obligación de verificar que el acto a celebrarse solicitado por la Representación Fiscal, sea cónsono y concordante con las disposiciones preceptuadas por el legislador penal, debiendo además existir una relación causal entre la imputación realizada por el Ministerio Público, así como con los delitos atribuidos e investigados a que hubiere lugar.

Atendiendo a las premisas antes esbozadas, debe destacarse que el debido proceso en el ordenamiento jurídico venezolano, es una garantía fundamental que comprende un conjunto de normas sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la regularidad y eficacia de la actividad tanto jurisdiccional como administrativa, desarrollada en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y por parte del artículo 26 ejusdem, el cual dispone:

*"Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.*

*El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles." (La Cursiva es de la Sala).*

A este tenor, debe entenderse que el acceso a los órganos de la administración de justicia como manifestación de la tutela judicial efectiva se materializa y se ejerce a través del derecho abstracto y autónomo de la acción, mediante el cual se pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional, es decir, toda persona puede acceder a los órganos de la administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso sean éstos colectivos o difusos.

Dentro de este ámbito constitucional, se debe puntualizar que dentro la tutela judicial efectiva, se consagró el derecho fundamental a la defensa y a la asistencia técnica en todas las actuaciones judiciales, estableciéndose como inviolable en cualquier estado de la investigación y del proceso, a fin de garantizar a toda persona el conocimiento previo de los cargos por los que se le investiga y las pruebas que obran en su contra, así como



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

disponer del tiempo adecuado para preparar los medios para su defensa, tal como lo dispone el artículo 49, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

*"Artículo 49: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:*

*La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y en la ley..."*

Resulta pertinente traer a colación lo expresado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 594 de fecha 22 de mayo de 2013, con ponencia del Magistrado Arcadio Delgado Rosales, en la cual apuntó lo siguiente:

*"... Respecto del derecho al debido proceso, esta Sala ha establecido en decisión del 24 de enero de 2001, Caso Supermercado Fátima S.R.L., lo siguiente:*

*El derecho a la defensa y al debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos. El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas (...)*

Por su parte, en atención a la tutela judicial efectiva, la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, mediante el fallo No. 1632, de fecha 2 de noviembre de 2011, con ponencia del Magistrado Francisco Carrasquero López, refirió:

*"...El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, abarca el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (sentencia nro. 708/2001, del 10 de mayo de 2001). Así, en un Estado social y democrático de derecho y de justicia, en el cual se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles, la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impide lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaure (sentencia nro. 708/2001, del 10 de mayo de 2001).*

En este orden de ideas, la conjugación de artículos 2, 26 y 257 del Texto Constitucional, obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles (sentencia nro. 708/2001, del 10 de mayo de 2001)...". (Las negrillas son de este Órgano Colegiado).

Así se tiene que las prerrogativas fundamentales, llámense derechos o garantías adquieren mayor importancia en el ámbito del proceso penal, por cuanto el Estado pretende ejercer con mayor rigurosidad su ius puniendi contra un ciudadano imputado o



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
 Jurisprudencia

ciudadana a quien se le instaura un proceso penal, por la presunta comisión de un hecho punible, por lo que la actuación y respuesta del Juez o Jueza que no procure el cumplimiento de dichos principios, se reputara como nulo y violatorio de la normativa constitucional fundamental.

Estiman oportuno precisar, quienes aquí deciden, que dentro del conjunto de garantías que conforman la noción del debido proceso, entendido éste en su sentido formal, se encuentra el derecho de toda persona a ser juzgada de acuerdo con el procedimiento judicial establecido con anterioridad en la ley, ello en virtud del principio de legalidad procesal que rige en ordenamientos jurídicos como el venezolano. La legalidad de las formas procesales, atiende al principio de seguridad jurídica que rige en las relaciones jurídicas existentes entre los particulares y entre éstos y el Estado específicamente, en cuanto a la determinación previa de las vías judiciales que deberán seguirse en aquellos casos en los que surjan conflictos con motivo de dichas relaciones, y que deban ser dirimidos en definitiva por los órganos jurisdiccionales competentes.

Destacan los integrantes de esta Sala de Alzada, que las disposiciones legales que establecen el procedimiento a seguir para dirimir el conflicto son de eminente orden público, de manera que no pueden, bajo ningún concepto ser inobservadas o modificadas por las partes ni por el o la Jurisdicente, ello se afirma así, por cuanto es la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la que establece en su artículo 263, que corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos sometidos a su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes.

De igual forma pudo esta Alzada constatar que cursa al folio 40, Acta policial de fecha 23 de enero de 2022, en la que se desprende que la abogada Desiree Díaz Gil, en su carácter de Fiscal 35° Competencia de Derechos Humanos del estado Carabobo, la misma de manera verbal pone a la Orden del Ministerio Públicos a los referidos imputados, por los hechos acontecidos en fecha 23 de enero de 2022, en la avenida padre Alfonso cruce con Bermúdez Cousin número 88-77 parroquia Candelaria Municipio Valencia, quedando detenidos en el Centro Policia Nacional Bolivariano Santa Rosa, donde se encontraban cumpliendo sus funciones como funcionarios adscritos a esa Delegación. Igualmente se observa acta policial de fecha 23 de enero de 2022, (f-23-24), suscrita por el Funcionario Colina Wilmar, (imputado), funcionario adscrito al Centro Policia Nacional Bolivariano Santa Rosa, en el cual deja constancias de las diligencias policiales efectuadas el día 23/01/2022 en la avenida padre Alfonso cruce con Bermúdez Cousin número 88-77 parroquia Candelaria Municipio Valencia, dicho funcionario se encontraba en el cumplimiento de su Jornada Laboral.

Ahora bien, del acta de la Audiencia de presentación podemos observar que la representante de la Fiscalía 35° del Ministerio Público, presentó a los detenidos WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRIDO, JESÚS RIVAS, NELSY CONTRERAS, y ANGEL ZAMBRANO, respectivamente, con base al contenido del artículo 373 del Código



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

Orgánico Procesal Penal, solicitando el decreto de la flagrancia, y acordada por el Tribunal Sexto de Control, cuestión que no se desprende del recorrido de las actuaciones que cursan en el expediente principal, N° 2022-374776, toda vez que no cursa acta de dónde y cómo se realizó la aprehensión de los referidos ciudadanos, y sólo cursa acta Policial de fecha 23/01/2021, donde el Comisionado (CPNB) Torrealba Juan, Jefe de la Estación Policial Santa Rosa deja constancia que la funcionaria abogada Desiret Díaz Gil, Fiscal con Competencia de Derechos Humanos en el estado Carabobo asiste a la Estación Policial y verbalmente pone a la orden del Ministerio Público a los ciudadanos **WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRIDO, JESÚS RIVAS, NELSY CONTRERAS, y ANGEL ZAMBRANO**, funcionarios adscrito a esa Estación Policial, lo que lleva a la conclusión a esta Alzada, que la aprehensión de los ciudadanos antes mencionados se realizó en el Centro Policial donde se encontraban cumpliendo con su jornada laboral, lo que confirma, que no fueron aprehendidos en **Flagrancia**, lo que se traduce a la ilegalidad de la detención del organismo policial actuante, en un supuesto procedimiento en flagrancia, siendo utilizadas las actuaciones policiales por el representante fiscal para presentarlos ante el órgano judicial, y subvirtiendo de esta forma el orden judicial procesal, obviando el representante del Ministerio Público las herramientas procesales penales que le otorga la ley como titular de la acción penal, las cuales son la debida Solicitud de Imputación de los sujetos involucrados en un supuesto hecho delictivo o en su defecto en el lapso de investigación el requerimiento de la Orden de Aprehensión, ante el Tribunal de Control correspondiente, convalidando la Representante de la Fiscalía Trigésima Quinta del Ministerio Público Con Competencia en Materia de Protección de Derechos Fundamentales actos y actuaciones policiales fuera del contexto legal encontrándonos en una detención fuera de los parámetros legales, lo que redundó en una violación a derechos de orden constitucional, tanto de los funcionarios actuantes como del representante del Ministerio Público y no puede bajo ningún contexto ningún Tribunal de la República convalidar esto.

En ese orden de ideas, el artículo 234 del Código Orgánico Procesal Penal, establece una serie de lineamientos de carácter restrictivo, que definen lo que se debe entender como delito flagrante cuando dispone que:

*Artículo 234. Definición. Para los efectos de este Capítulo se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso o sospechosa se vea perseguido o perseguida por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él o ella es el autor o autora.*

Del contenido de la presente definición, evidentemente son cuatro los momentos o las situaciones en las cuales puede apreciarse la comisión de un hecho delictivo en flagrancia: 1) aquel en el cual el sospechoso sea sorprendido en el momento que está cometiendo el delito; 2) acaba de cometerlo; 3) aquel en el cual el sospechoso se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, y finalmente, 4) aquel en el cual al sospechoso se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
 Jurisprudencia

el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor.

En tal sentido la noción de flagrancia, versa sobre situaciones que ocurren en el mundo exterior, en las que se percibe sensorialmente la comisión de un hecho punible que se comete, se está cometiendo o acaba de cometerse, y sobre situaciones y circunstancias en los que se presume que una persona poco antes ha cometido un hecho punible o ha participado en él, se corresponde con una situación fenomenológica de naturaleza fáctica y objetiva, bien por estar referida a hechos externos, como a presunciones de estado relacionadas con la cuasiflagrancia, en las que puede encontrarse una persona con respecto a la realización de un hecho punible o de su participación en él, requiere de la existencia o verificación de ciertos elementos, que de no existir, hacen imposible su configuración.

En relación a lo anteriormente planteado, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 272, de fecha 15.02.2007, con ponencia de la Magistrada Carmén Zulueta de Merchán, ha establecido:

*...El delito flagrante, según lo señalado en los artículos 248 y 372.1 del Código Orgánico Procesal Penal, constituye un estado probatorio cuyos efectos jurídicos son: a) que tanto las autoridades como las particulares pueden detener al autor del delito sin auto de inicio de investigación ni orden judicial, y, b) el juzgamiento del delito mediante la alternativa de un procedimiento abreviado. Mientras que la detención in fraganti, vista la literalidad del artículo 44.1 constitucional, se refiere, sin desvincularlo del tema de la prueba, a la sola aprehensión del individuo (vid. J.E.C.R., El delito flagrante como un estado probatorio, en Revista de Derecho Probatorio, N° 14, Ediciones Homero, Caracas, 2006, pp. 9-105).*

(...Omissis...)

Así las cosas, estudiados los puntos en la que se basa la impugnación, quienes aquí deciden, consideran establecer algunas facultades del Ministerio Público como Titular de la Acción Penal, en nuestro ordenamiento jurídico actual, siendo que el legislador ubicó al Ministerio Público en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, formando parte del Poder Ciudadano establecido en el artículo 273 de nuestra Carta Magna, y este poder a su vez opera en el ámbito de la tutela de los intereses públicos, cuya finalidad según estatuye el artículo 274 ejusdem, es de prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público; el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del estado.

En este orden, estatuye el artículo 253 de nuestra Carta Magna que el Ministerio Público pertenece al sistema de Justicia, pero de una forma genérica, pues su pertenencia lo indica en el artículo 273 ibidem, y es allí donde se determina las normas reguladoras. Además de las funciones generales, tiene las específicas, que se encuentran establecidas en el artículo 285 de la Constitución, las cuales son: Garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República; Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

proceso; Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores y demás partícipes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración; Ejercer en el nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentar o proseguirla no fuere necesario instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley; Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones; entre otras.

En tal sentido el papel del Ministerio Público con relación al proceso tiene dos fases: la primera, en fase investigativa debe ser garante de los derechos constitucionales, debe ser imparcial, transparente, idóneo, accesible, independiente, responsable, expedito y autónomo; la segunda, cuando es acusador se convierte en parte del proceso dejando ser imparcial frente a la jurisdicción, así su parcialidad es a favor de garantizar la efectiva vigencia del principio de la legalidad y la defensa del interés público, debiendo oponerse a la realización de las actuaciones que vulneren los derechos de las partes.

Así las cosas, debe sostenerse que el papel del Ministerio Público en su actuación investigativa y procesal debe procurar una tutela jurídica efectiva, garantizando el cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales y el principio de legalidad.

En este mismo orden, el artículo 111 del Código Orgánico Procesal Penal, destaca entre otras atribuciones del Ministerio Público las siguientes: Dirigir la investigaciones de los hechos punibles y la actividad de los órganos de policía de investigación para establecer la identidad de los autores y partícipes de los delitos. Ordenar y supervisar las actuaciones de los órganos de Policía de Investigación en cuanto se refiere a la adquisición y conservación de los elementos de convicción; requerir de los organismos públicos o privados, altamente calificados, la práctica de peritajes o experticias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos objeto de la investigación; sin perjuicio de la actividad que desempeñen los órganos de policía de Investigación; formular la acusación o ampliarla cuando haya lugar a ello, solicitar la aplicación de la pena correspondiente entre otras.

En tal sentido se entiende que los Fiscales del Ministerio Público como titulares de la acción penal y representante del Estado, deben cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las Leyes, dirigiendo correctamente a sus órganos auxiliares de investigación para el mejor desempeño de sus funciones, evitando procedimientos policiales arbitrarios y fuera del orden procesal, teniendo como norte hacer cumplir el contenido artículo 44 numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que reza;

*Artículo 44 La Libertad personal es inviolable; en consecuencia:*



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
 Jurisprudencia

1.- Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso, será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso.

2.- omissis.

3.- omissis.

4.- omissis.

5.- omissis.

*ad*

En el entendido que la solicitud de detención por parte del representante fiscal, de una persona aprehendida no sorprendida en flagrancia, debe ser excepcionalísima (situación que no se cumplió en el presente caso), previa solicitud orden judicial legalmente expedida por un Tribunal de la República, y no puede constituirse en un mecanismo para burlar la garantía constitucional, según la cual ningún ciudadano puede ser detenido o arrestado, sino en caso de flagrancia o de orden judicial, (artículo 44, numeral 1, del texto constitucional). Si se aceptase que se legitimen detenciones fuera de los casos excepcionales previstos en la Constitución, la garantía consagrada en la Carta Magna sería privada de toda efectividad.

Los representantes del Ministerio Público, no deben esperar que se produzcan las aprehensiones de los imputados, para luego solicitar la medida de privación judicial preventiva de libertad. Si existen las condiciones de procedencia para solicitar esta medida, conforme a lo establecido en el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, el representante del Ministerio Público está en la obligación de presentar la solicitud pertinente, en cumplimiento de su deber, sin aguardar a que se produzca la aprensión para hacerlo, siendo inadmisibles que este tipo de detenciones inconstitucionales se produzca con la autorización o la tolerancia de los fiscales del Ministerio Público, quienes, de tener noticia de ello, están en el deber de advertir sobre su inconstitucionalidad, a cualquier autoridad que pretenda practicarlas.

Es importante puntualizar que en el proceso de marras no hubo orden judicial de detención, razón por la cual sólo restaba una posibilidad de que la detención fuera legítima, a saber, que a los imputados se le hubiere detenido en flagrancia en la comisión de delito, situación que no fue corroborada por esta Alzada, ni motivada por el Tribunal Sexto de Control en su fallo, toda vez que los funcionarios aprehensores en continuación con las Investigaciones que venían realizando, con conocimiento del Ministerio Público, practicaron la detención arbitraria de los ciudadanos **WILMAR COLINA, GUILLIANO GARRIDO, JESÚS RIVAS, NELSY CONTRERAS y ANGEL ZAMBRANO**, plenamente identificado en autos.

En razón de todo lo antes expuesto, y estudiado como ha sido el presente caso por este Tribunal Colegiado, en el cual está involucrado el derecho a la libertad durante el proceso de investigación, el cual ostenta un rango constitucional, y es objeto de especial protección en el artículo 44, numeral 1, del texto constitucional, en virtud de lo cual, la nulidad producto de la violación del mismo, es de carácter absoluto, siendo por tanto imposible la



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

renovación, saneamiento o convalidación de cualquier acto ilegítimo que lo vulnere, así como la de aquellos actos que se deriven de éste, es por lo que en consecuencia este Tribunal Colegiado decreta la Nulidad Absoluta así como de todas las actuaciones subsiguiente a la misma, de conformidad con lo establecido en los artículos 174, 175 y 176 todos del Código Orgánico Procesal Penal, y como consecuencia de ello **SE ORDENA** al Tribunal Sexto de Primera Instancia Estatal en Función de Control de este Circuito Judicial Penal otorgar la inmediata **Libertad Plena** a los ciudadanos **WILMAR COLINA**, titular de la cédula de identidad Nro V-22.417.222, **GUILLIANO GARRIDO**, titular de la cédula de identidad Nro V-24.442.125, **JESÚS RIVAS**, titular de la cédula de identidad Nro V-25.682.303, **NELSY CONTRERAS**, titular de la cédula de identidad Nro V-29.726.916 y **ANGEL ZAMBRANO**, titular de la cédula de identidad Nro V-20.383.173, plenamente identificado en autos, y cumpla con lo ordenado en el presente fallo. **Así se decide.**

En virtud de la naturaleza del fallo anterior, esta Instancia Superior, no entra a pronunciarse acerca de los puntos objetos de la apelación, por guardar estrecha relación con el decreto de nulidad, prelando la respectiva garantía de derechos constitucionales y legales que en el presente caso fueron conculcados, todo ello en aras a la recta aplicación del principio de la seguridad jurídica por parte del órgano jurisdiccional. **Así se Establece.**

**LLAMADO DE ATENCION AL FISCAL AL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

Ahora bien, no puede dejar este Tribunal Colegiado pasar por alto la irregularidad cometida por la Abogada **DESIRET DIAZ GIL**, actuando en su carácter de Fiscal Trigésima Quinta del Ministerio Público del estado Carabobo con Competencia en Materia de Protección de Derechos Fundamentales, en convalidar actos y actuaciones policiales fuera del contexto legal no desempeñando sus funciones como lo establece el artículo 285 de la Constitución Bolivariana de Venezuela el cual establece:

1. Garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.
2. Garantizar la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso.
3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.
4. Ejercer en nombre del Estado la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla no fuere necesario instancia de parte, salvo las excepciones establecidas en la ley.
5. Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios o funcionarias del sector público, con motivo del ejercicio de sus funciones.
6. Las demás que le atribuyan esta Constitución y la ley.

Esta Alzada, en virtud de la ilegal detención y las violaciones de lo dispuesto en Nuestra Carta Magna y los tratados, convenios o acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, en pro del respeto a los derechos humanos, de los cuales es garante la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y que



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO CARABOBO**  
**Jurisprudencia**

se encuentran desarrolladas en las demás leyes de la República; se ordena oficiar a la Fiscalía Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, a los fines de que se giren las instrucciones que a bien consideren, apertura la investigación que se deriva de la presente decisión.

**CAPITULO VI**  
**DISPOSITIVA**

Por todos los argumentos anteriormente señalados, esta Corte de Apelaciones Ordinaria y de la Sección de Responsabilidad Penal del Adolescente del Circuito Judicial Penal del estado Carabobo, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por Autoridad de la Ley, emite los siguientes pronunciamiento: **PRIMERO:** Se ANULA la decisión dictada en fecha 25 de enero de 2022 y fundamentada en la misma fecha, por el Tribunal Sexto de Primera Instancia Estada en Funciones de Control de este Circuito Judicial Penal, en consecuencia se anulan así como los actos subsiguientes a la decisión anulada de conformidad con lo establecido en los artículo 174, 175 y 176 del Código Orgánico Procesal Penal. **SEGUNDO:** SE ORDENA la inmediata Libertad Plena de los ciudadanos: **WILMAR COLINA**, titular de la cedula de identidad Nro V-22.417.222. **GUILLIANO GARRIDO**, titular de la cédula de identidad Nro V-24.442.125. **JESÚS RIVAS**, titular de la cédula de identidad Nro V-25.682.303. **NELSY CONTRERAS**, titular de la cédula de identidad Nro V-29.726.916 y **ANGEL ZAMBRANO**, titular de la cédula de identidad Nro V-20.383.173, plenamente identificado en autos, todo de conformidad con lo previsto en los artículos 26, 44 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. **TERCERO:** se ordena librar oficiar a la Fiscalía Superior del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Carabobo, a los fines de que se giren las instrucciones que a bien consideren, apertura la investigación que se deriva de la presente decisión.

Publiquese, registrese, déjese copia de la presente decisión y remítanse las presentes actuaciones al Tribunal de la Causa.

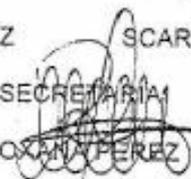
Dada, firmada y sellada en la Corte de Apelaciones Ordinaria, de la Sección de Adolescente del Circuito Judicial Penal del estado Carabobo, a los 14 días del mes de febrero de 2022. Años 211º de la Independencia y 162º de la Federación.

JUECES DE SALA N° 1

  
**ALEJANDRO CHIRIMELLI**  
 PRESIDENTE DE LA SALA  
 PONENTE

  
**ISANIC CHIQUINQUIRA HERNANDEZ**

  
**SCARLET DESIREE MERISA GARCIA**

  
 SECRETARIA  
**ROXANA PEREZ**

OR-2022-41735

**VENEZUELA**

CASO MARIA DE LOURDES AÑEZ

Fallos Remitidos

**FALLO REMITIDO**

<b>País</b>	República Bolivariana de Venezuela
<b>Tribunal</b>	Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas.
<b>Materia</b>	Extradición.
<b>Intervino La Defensoría Pública Oficial</b>	Procedimiento de Extradición
<b>Datos del Defensor/a Público y Defensoría que intervino</b>	Abogado <b>JAVIER HERNÁNDEZ ACEVEDO</b> , Defensor Público Segundo (2°) ante las Salas Plena y de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de la Defensa Pública del Área Metropolitana de Caracas.
<b>Derechos involucrados</b>	Derechos Constitucionales y Procesales.
<b>Breve relación de los hechos</b>	Solicitud de Extradición por parte de las autoridades de la República de Ecuador de la ciudadana <b>MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ</b> , quien es venezolana, y está identificada con la cédula de identidad número V.- 30.147.941, en virtud de la Notificación Roja Internacional signada con el alfanumérico A-10349/10-2019, de fecha 6 de octubre de 2019 (última actualización), publicada por la Secretaría General de INTERPOL, a solicitud de la Oficina Central de Quito Ecuador, por la presunta comisión del delito "ROBO CON MUERTE" previsto y sancionado en el artículo 189 del inciso 6, del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano.
<b>Fundamentos de Derecho</b>	Artículos 32 y 69 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
<b>Contexto social y económico del caso</b>	Ciudadana venezolana.
<b>Instancia procesal en la que se emite la sentencia / fallo</b>	Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas.
<b>Instrumento y/o criterio internacional invocado</b>	No aplica.
<b>Medidas de reparación integral adoptadas</b>	No aplica.

**Sentencia/Fallo** **PRIMERO:** declara **IMPROCEDENTE** la solicitud de extradición pasiva realizada por la República del Ecuador, de la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, quien, de acuerdo con las actuaciones que cursan en autos, está identificada con la cédula de identidad número V.- 30.147.941, de conformidad con lo establecido en los artículos: 32, numeral 1 y el artículo 69 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; 6 del Código Penal venezolano, el



## VENEZUELA

## CASO MARIA DE LOURDES AÑEZ

## Fallos Remitidos

artículo 9, numeral 1 y el artículo 12, ambos de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía. **SEGUNDO:** el Estado venezolano, representado por la Máxima Instancia del Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, **asume** con la República del Ecuador, **el firme compromiso** de continuar con el conocimiento y juzgamiento de los hechos objeto de la solicitud de extradición y la presunta participación en los mismos de la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**. **TERCERO:** se **ACUERDA** remitir todas las presentes actuaciones al Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, a fin de que remita de manera inmediata las presentes actuaciones a un Tribunal de Primera Instancia en funciones de Control del Sistema de Responsabilidad de los y las Adolescentes, con el objeto de dar inicio al proceso para el enjuiciamiento de la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, de nacionalidad venezolana, identificada con la cédula de identidad número V.- 30.147.941, dicho órgano jurisdiccional, una vez recibidas las actuaciones, deberá convocar a una audiencia de conformidad con lo establecido en el artículo 559 Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, previa notificación a las partes. **CUARTO:** se INSTA al Ministerio Público a presentar el acto conclusivo correspondiente, en el lapso establecido en el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, y según el mismo artículo dar inicio al juzgamiento de la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, por la comisión del delito de “Robo con Muerte”, tipificado y sancionado en el artículo 189 inciso 6, del Código Orgánico Integral Penal de la legislación de la República del Ecuador y el artículo 406, numeral 1 del Código Penal venezolano. **QUINTO:** Se mantiene la medida Privativa de Libertad impuesta a la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, dictada por el Tribunal Trigésimo Tercero de Primera Instancia en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

---

**Votación por la que fue adoptada** No aplica.

---

**Votos concurrentes o disidentes:** No aplica.

---

**Otros datos de interés:** <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones>



## VENEZUELA

SENTENCIA CASO MARIA DE LOURDES AÑEZ

Jurisprudencia



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
EN SU NOMBRE  
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA



**VENEZUELA**  
**SENTENCIA CASO MARIA DE LOURDES AÑEZ**  
**Jurisprudencia**

Ponencia de la Magistrada Doctora **ELSA JANETH GÓMEZ MORENO**

El 1 de septiembre de 2021, la Secretaría de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia dio entrada a las actuaciones remitidas por el Tribunal Trigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, a cargo de la Jueza Jennifer Andreina Barreto Vargas, contentivas del procedimiento de Extradición Pasiva seguido a la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, quien, de acuerdo con las actuaciones que cursan en autos, está identificada con la cédula de identidad número **V.-30.147.941**, y es requerida por las autoridades de la República del Ecuador, en virtud de la Notificación Roja Internacional signada con el alfanumérico A-10349/10-2019, de fecha 6 de octubre de 2019 (última actualización), publicada por la Secretaría General de INTERPOL, a solicitud de la Oficina Central de Quito Ecuador, por la presunta comisión del delito "**ROBO CON MUERTE**" previsto y sancionado, "en el artículo 189 del inciso 6, del Código Orgánico Integral Penal", ecuatoriano.

En esa misma fecha (1 de septiembre de 2021), se dio cuenta en Sala de las referidas actuaciones y según lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, se designó como ponente a la Magistrada Doctora **ELSA JANETH GÓMEZ MORENO**, quien con tal carácter suscribe la presente decisión.

#### **DE LA COMPETENCIA**

Previo a cualquier otra consideración, la Sala de Casación Penal debe determinar su competencia para conocer de la presente solicitud de extradición y, al respecto, observa:

El artículo 29, numeral 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone lo siguiente:

*"...Son competencias de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia:...1. Declarar si hay o no lugar para que se solicite o conceda la extradición en los casos que preceptúan los tratados o convenios internacionales o la ley. ..."*

El artículo antes referido atribuye a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el conocimiento de las solicitudes de extradición de conformidad con la Constitución, la ley, los tratados, convenios o acuerdos internacionales que en materia penal hayan sido suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela; en consecuencia, la Sala declara su competencia para conocer del presente asunto, por encontrarse referido al proceso de Extradición Pasiva iniciado contra la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, quien, de acuerdo con las actuaciones que cursan en autos, está identificada con la cédula de identidad número **V-30.147.941**, y es requerida por las autoridades de la República del Ecuador, en virtud de la Notificación Roja Internacional signada con el alfanumérico A-10349/10-2019, de fecha 6 de octubre de 2019 (última actualización), publicada por la Secretaría General de INTERPOL, a solicitud de la Oficina Central de Quito Ecuador, por la presunta comisión del delito "**ROBO CON MUERTE**" previsto y sancionado, "en el artículo 189 del inciso 6, del Código Orgánico Integral Penal", ecuatoriano.

#### **DE LOS HECHOS**

Los hechos por los cuales la República del Ecuador, requiere a la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, fueron descritos brevemente en la Notificación Roja Internacional signada con el alfanumérico A-10349/10-2019 de fecha 6 de octubre de 2019 (última actualización), bajo el tenor siguiente:

*"...Exposición de los hechos: El 17-04-2019, el ciudadano (+) Flores L. Jorge L, fue encontrado sin vida en su domicilio ubicado en la Ciudadela Villa Bonita, etapa 9, Mz 5384 SI.2, de la ciudad de Guayaquil, mismo que se encontraba desnudo, maniatado y en estado de descomposición sobre su cama, por lo que mediante labores de*



## VENEZUELA

### SENTENCIA CASO MARIA DE LOURDES AÑEZ

#### Jurisprudencia

investigación de la Fiscalía conjuntamente con la DINASED, encontraron elementos de convicción suficientes en contra de la ciudadana AÑEZ RODRIGUEZ MARÍA DE LOURDES de nacionalidad venezolana, amiga de GONZÁLEZ LÓPEZ ARIANA, pareja sentimental del hoy occiso) y del ciudadano venezolano GARCÍA MEZA DE JESÚS, quienes habrían estado presentes en el momento de los hechos juntos con los demás procesados, estos por cuanto al verificar las cámaras de vigilancia que se encontraban tanto en la ciudadela donde residía la víctima como en el terminal terrestre de Guayaquil aparecen en conjunto estas personas.

**Datos complementarios del caso:**

Por ser los presuntos responsables del delito tipificado en el ART. 189, inciso 6 del COIP, 'Si a consecuencia del robo se ocasiona la muerte, la pena privativa de libertad será de veintidós a veintisiete años', por lo que el Juez de la UNIDAD JUDICIAL PENAL NORTE N° 2 DE GUAYAQUIL, dicta la PRISIÓN PREVENTIVA, en contra de la ciudadana AÑEZ RODRÍGUEZ MARÍA DE LOURDES de nacionalidad venezolana, ordenando su inmediata localización y captura...".

#### ANTECEDENTES DEL CASO

Una vez recibidas las actuaciones en la Sala de Casación Penal, y de la revisión dispensada a las mismas, se observa que constan en autos entre otras, las actuaciones siguientes:

Acta de aprehensión de fecha 29 de julio de 2021, en la cual el funcionario: detective Jefe Yosmel Petterson, adscrito al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, dejó constancia de la aprehensión de la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, quien de acuerdo con las actuaciones que cursan en autos, está identificada con la cédula de identidad número **V-30.147.941**, en vista de presentar Notificación Roja Internacional signada con el alfanumérico A-10349/10-2019, de fecha 6 de octubre de 2019 (última actualización), destacándose en dicha acta lo siguiente:

"...Una vez en este despacho se le informó a la superioridad de lo acontecido, quienes ordenaron fuera verificada en el Sistema de Investigación e Información Policial, arrojando resultado que posee un Historial Policial por la Delegación Municipal Valle de la Pascua, de fecha 25/04/2019, por el Delito de Aprovechamiento de cosas Provenientes del delito, asimismo indicaron que fuera puesta a la orden de la oficina de flagrancia de los Tribunales del Área Metropolitana de Caracas...".

Notificación Roja de Interpol, signada con el alfanumérico de control alfanumérico A-10349/10-2019, del contenido siguiente:

"...ATENCIÓN: PELIGROSO, PROPENSO A LA EVASIÓN

Distribución a los medios de comunicación (Internet inclusive) del extracto de la notificación publicado en la zona de acceso público del sitio web de INTERPOL: No

#### **1. DATOS DE IDENTIFICACIÓN**

(...)

**Apellido:** AÑEZ RODRÍGUEZ.

**Nombre:** MARÍA DE LOURDES.

**Apellido escrito con los caracteres originales o en código telegráfico chino:** AÑEZ RODRÍGUEZ.

**Nombre escrito con los caracteres originales o en código telegráfico chino:** MARÍA DE LOURDES.

**Sexo:** Femenino.

**Fecha y lugar de nacimiento:** 29 de marzo de 2002 -Venezuela-Venezuela.

**Nacionalidad:** Venezuela (comprobada).

**Apellido de origen:** Añez Rodríguez.

**Estado Civil:** Soltero (a)

**Apellido y nombre del padre:** Añez Jacinto.

**Apellidos de soltera y nombre de la madre:** Rodríguez Jenny

**Idiomas que habla:** Español

**Regiones/países a donde pudiera desplazarse:** Venezuela, Perú, Colombia

**Documentos de identidad:**



**VENEZUELA**  
SENTENCIA CASO MARIA DE LOURDES AÑEZ  
Jurisprudencia

## 2.- CASO

## Exposición de los hechos

Nacionalidad	Tipo	Número	País
Venezolana	Número nacional de identidad	V- 30.147.941	Venezuela
Número	Fecha de Expedición	Expedida o Dictada por	País
09286-201902201.GUJPN32G-1	26 de junio de 2019	Juez de la Unidad Judicial Penal Norte N°2 Alban Borja	Ecuador

**PRÓFUGO BUSCADO PARA EL UN PROCESO PENAL****ORDEN DE DETENCIÓN O RESOLUCIÓN JUDICIAL 1/1**

**Calificación del delito:** ROBO CON MUERTE.

**Referencia de las disposiciones de la delegación penal que reprime el delito:** ART. 189, inciso 6 del COIP, 'Si a consecuencia del robo se ocasiona la muerte, la pena privativa de libertad será de veintidós a veintisiete años'.

**Pena máxima aplicable:** Años: 26

Detalles: 26 años

Orden de detención o resolución judicial equivalente.

Ciudad	País	Fecha
Guayaquil	Ecuador	13 de abril de 2019

Firmante (nombre y

apellidos): Abg. OSWALDO SIERRA AYORA

¿Dispone la Secretaría General de una Copia de la orden de detención en el idioma del país solicitante? No.

**3. MEDIDAS QUE SE DEBERÁN TOMAR EN CASO DE LOCALIZAR A ESTA PERSONA****LOCALIZAR Y DETENER CON MIRAS A SU EXTRADICIÓN**

Se garantiza de que se solicitará la extradición al ser detenida la persona, de conformidad con la legislación nacional aplicable y con los tratados bilaterales y multilaterales pertinentes.

**DETENCIÓN PREVENTIVA**

Esta solicitud debe ser tratada como una solicitud oficial de detención preventiva. Rogamos procedan a la detención preventiva, de conformidad con la legislación nacional aplicable y con los tratados bilaterales y multilaterales pertinentes.

Avísese inmediatamente a la OCN QUITO ECUADOR (referencia de la OCN: 4777ocni/19/0.arboleda del 5 de octubre de 2019) y a la Secretaría General de la OIPC-INTERPOL en el caso de localizar a esta persona...".

Acta de "audiencia de presentación de detenidos", de la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, de fecha 30 de julio de 2021, realizada por el Tribunal Trigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, a cargo de la Jueza JENNIFER ANDREINA BARRETO VARGAS, en la cual se decidió, entre otras cosas, lo siguiente:

"...**SEGUNDO:** la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, Titular de la cédula de identidad N° V-30.147.941, deberá permanecer provisionalmente en la sede de la División de Investigaciones **INTERPOL**, Dirección de Policía Internacional del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, hasta tanto el máximo Tribunal del País dicte los pronunciamientos pertinentes, de acuerdo con lo regulado en el Segundo aparte del artículo 387 del Código Orgánico Procesal Penal, en relación con al artículo 386 eiusdem, relativo a la extradición o no de la ciudadana antes identificada a Ecuador, quien quedara a la orden de la Sala de Casación penal del Tribunal Supremo de Justicia, luego de la remisión de los autos, hasta máximo Tribunal decida lo conducente sobre la extradición o no de dicha ciudadana **TERCERO:** Por lo decidido esta Juzgadora acuerda la remisión de todas las actuaciones, a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia lo más sumariamente posible, todo de

**VENEZUELA****SENTENCIA CASO MARIA DE LOURDES AÑEZ****Jurisprudencia**

*conformidad con lo dispuesto en los artículos 386 y 387 ambas disposiciones legales del Código Orgánico Procesal Penal...*

Auto motivado de fecha (30 de julio de 2021), dictado por el Tribunal Trigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en razón a la “*reclusión provisional*” decretada en contra de la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**.

Oficio número 004446 de fecha 9 de agosto de 2021, suscrito por la Directora General (E) de la Oficina de Relaciones Consulares, adscrita al Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, dirigido a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en el cual se indicó lo siguiente:

*“...Me dirijo en la oportunidad de hacer referencia a la Nota verbal N° CCS-57-2021 de fecha 02 de agosto de 2021, procedente del Consulado de la República de Ecuador acreditado ante el Gobierno nacional, mediante el cual informan que las autoridades competentes de ese país, recibieron comunicación mediante oficio Nro. PN-DGIN-UN-OCNI-QX-2021-1551-OF, de fecha 30 de Julio de 2021, emanado de la Oficina Central Nacional ‘OCN’ Interpol Quito, en la cual se informa sobre la detención de la ciudadana venezolana MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ, quien estaría requerida por las autoridades ecuatorianas, por el ‘Delito de Robo con Muerte’, conforme a información remitida por la OCN de Interpol, en Caracas...”*

Oficio número FTSJ-4-0073-2021, de fecha 24 de agosto de 2021, suscrito por la abogada Marina Ojeda Briceño, “*Fiscal cuarta (E) del Ministerio Público, para actuar ante la Sala Plena y las Salas de Casación y Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*”, dirigido a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en el cual informó, su designación por parte de la Dirección General de Servicios Jurídicos del Despacho del Fiscal General de la República, para asumir el conocimiento de la presente causa, dando así cumplimiento a lo establecido en el numeral 16 del Artículo 111 del Código Orgánico Procesal Penal.

En fecha 2 de septiembre de 2021, la Sala de Casación Penal realizó las siguientes actuaciones:

Oficio N° 309, dirigido al ciudadano TAREK WILLIANS SAAB HALABI, Fiscal General de la República, mediante el cual se le informó sobre el expediente contentivo del procedimiento de Extradición Pasiva seguido contra la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, a fin de que se sirviera dar cumplimiento a lo establecido en el Artículo 111, numeral 16 del Código Orgánico Procesal Penal, alusivo a la opinión que deberá emitir sobre el mencionado procedimiento.

Oficio N° 310, dirigido al ciudadano ÁLVARO CABRERA, Director de de Asuntos Internacionales del Ministerio Público, mediante el cual se le informó sobre el expediente contentivo del procedimiento de extradición pasiva seguido contra la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ** y, en ese sentido, se le solicitó información acerca de si cursa alguna investigación fiscal relacionada con el ciudadano mencionado.

Oficio N° 311, dirigido al ciudadano Gustavo Adolfo Vizcaino Gil, Director del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), adscrito al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante el cual se le informó sobre el expediente contentivo del procedimiento de Extradición Pasiva seguido contra la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, y en ese orden, se le solicitó información acerca de los movimientos migratorios del serial de la cédula de identidad V-30.147.941.

Oficio N° 312, dirigido al ciudadano Gustavo Adolfo Vizcaino Gil, Director del Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), adscrito al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante el cual se le informó sobre el expediente contentivo del procedimiento de Extradición Pasiva seguido contra la ciudadana **MARÍA DE LOURDES**



## VENEZUELA

### SENTENCIA CASO MARIA DE LOURDES AÑEZ

#### Jurisprudencia

**AÑEZ RODRÍGUEZ**, asimismo, se le solicitó información sobre los datos filiatorios, las huellas dactilares, las trazas y registros fotográficos del serial de la cédula de identidad V-30.147.941.

Oficio N° 313, dirigido a la ciudadana Mary del Valle Vivas Jefe de la División de Información Policial, del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, mediante el cual se le solicitó información sobre el Registro Policial que pueda presentar la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, titular de la cédula número V-30.147.941.

Oficio número 005037, de fecha 30 de agosto de 2021, suscrito por la Directora General (E) de la Oficina de Relaciones Consulares, adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Relaciones Exteriores, dirigido a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en el cual se indicó lo siguiente:

*“...Me dirijo a usted, en la oportunidad de hacer referencia a la nota verbal N° CCS-060-2021 de fecha 20 de agosto de 2021, procedente del Consulado de la República del Ecuador acreditado ante el Gobierno Nacional, mediante el cual solicitan la detención preventiva con fines de extradición de la ciudadana venezolana MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ, V-30.147.941 quien es requerida por el juez de la Unidad Judicial Penal Norte N° 2, con sede en el cantón Guayaquil, provincia de Guayas, dentro de la causa penal N° 09286-2019-02201, en el cual se dictó auto de llamamiento a juicio en contra de la ciudadana mencionada por considerarla presunta autora del delito tipificado y sancionado en el artículo 189, inciso 6 del Código Orgánico Integral Penal.*

*Sobre el particular, sirva la presente para remitir a esa Sala el precitado Oficio junto con sus anexos, para su debida tramitación en beneficio de la atención al requerimiento realizados por las autoridades ecuatorianas...”*

#### **DEL PROCEDIMIENTO ANTE LA SALA**

El Estado venezolano, en relación con el procedimiento de extradición, sea esta activa o pasiva, verifica las condiciones de su procedencia con un alto sentido de responsabilidad. Por lo tanto, reconoce la extradición como una obligación moral, en consonancia con los principios del Derecho internacional; no obstante, de acuerdo con su autodeterminación, se reserva la más absoluta libertad para conceder o negar la solicitud de extradición, si en el caso concreto se contrarían los principios de nuestra legislación nacional, o si no se encuentra en conformidad con la razón y la justicia.

Para ello, la Sala se rige por el contenido del artículo 69 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.860, del 30 de diciembre de 1999, reimpresa en la Gaceta Oficial N° 5.453, Extraordinario, del 24 de marzo de 2000; el artículo 6 del Código Penal, publicado en Gaceta Oficial N° 5.763, Extraordinario, del 16 de marzo de 2005, reimpreso en Gaceta Oficial N° 5.768, Extraordinario, del 13 de abril de 2005; y los artículos 382, 386, 387 y 388 del Código Orgánico Procesal Penal, publicado en Gaceta Oficial N° 6.078, Extraordinario, del 15 junio de 2012, que establecen los principios fundamentales que tutelan el procedimiento de extradición. Los referidos artículos disponen:

#### **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:**

*“Artículo 69. La República Bolivariana de Venezuela reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio. Se prohíbe la extradición de venezolanos y venezolanas.”*

#### **Código Penal:**

*“Artículo 6. La extradición de un venezolano no podrá concederse por ningún motivo; pero deberá ser enjuiciado en Venezuela, a solicitud de parte agraviada o del Ministerio Público, si el delito que se le imputa mereciere pena por la ley venezolana.*

*La extradición de un extranjero no podrá tampoco concederse por delitos políticos ni por infracciones conexas con estos delitos, ni por ningún hecho que no esté calificado de delito por la ley venezolana.*

*La extradición de un extranjero por delitos comunes no podrá acordarse sino por la autoridad competente, de conformidad con los trámites y requisitos establecidos al efecto por los Tratados Internacionales suscritos por*



## VENEZUELA

### SENTENCIA CASO MARIA DE LOURDES AÑEZ

#### Jurisprudencia

Venezuela y que estén en vigor y, a falta de éstos, por las leyes venezolanas.

No se acordará la extradición de un extranjero acusado de un delito que tenga asignada en la legislación del país requirente la pena de muerte o una pena perpetua.

En todo caso, hecha la solicitud de extradición, toca al Ejecutivo Nacional, según el mérito de los comprobantes que se acompañen, resolver sobre la detención preventiva del extranjero, antes de pasar el asunto al Tribunal Supremo de Justicia.”

#### Código Orgánico Procesal Penal:

##### “Fuentes.

**Artículo 382.** La extradición se rige por lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República y las normas de este título”.

##### “Extradición Pasiva.

**Artículo 386.** Si un gobierno extranjero solicita la extradición de alguna persona que se encuentre en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, el Poder Ejecutivo remitirá la solicitud al Tribunal Supremo de Justicia con la documentación recibida.

##### Medida Cautelar.

**Artículo 387.** Si la solicitud de extradición formulada por un gobierno extranjero se presenta sin la documentación judicial necesaria, pero con el ofrecimiento de producirla después, y con la petición de que mientras se produce se aprehenda al imputado o imputada, el tribunal de control, a solicitud del Ministerio Público podrá ordenar, según la gravedad, urgencia y naturaleza del caso, la aprehensión de aquél o aquélla.

Una vez aprehendido o aprehendida deberá ser presentado o presentada dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes ante el Juez o Jueza que ordenó su aprehensión, a los fines de ser informado o informada acerca de los motivos de su detención y de los derechos que le asisten.

El tribunal de control remitirá lo actuado al Tribunal Supremo de Justicia, que señalará el término perentorio para la presentación de la documentación, que no será mayor de sesenta días continuos.

El término perentorio de sesenta días se computará desde que conste en el respectivo expediente, la notificación hecha por el Ministerio con competencia en materia de relaciones exteriores, de la detención, al gobierno del país requirente.

##### Libertad del Aprehendido.

**Artículo 388.** Vencido el lapso al que se refiere el artículo anterior, el Tribunal Supremo de Justicia ordenará la libertad del aprehendido o aprehendida si no se produjo la documentación ofrecida, sin perjuicio de acordar nuevamente la privación de libertad si posteriormente recibe dicha documentación”.

En este orden de ideas, debe la Sala determinar cuáles son los requisitos formales que han de exigirse, en el presente caso, de cara a la procedencia de la extradición. Con este propósito, se requiere entonces acudir al sistema de fuentes que regula esta materia en el ordenamiento jurídico venezolano.

En primer lugar, la Sala advierte que entre la República de Colombia y la República Bolivariana de Venezuela no existe algún tratado bilateral en materia de extradición. No obstante, se verifica el Acuerdo Bolivariano de Extradición, suscrito entre las Repúblicas Bolivariana de Venezuela, Ecuador, Perú y Colombia, firmado en Caracas, el 18 de julio de 1911, denominado también “Acuerdo Bolivariano”, y su respectivo canje de notas, en el cual los Estados Parte, respecto de la entrega mutua de procesados o condenados por las autoridades judiciales de estos, acordaron, entre otras cosas, lo siguiente:

**“Artículo 1** Los Estados contratantes convienen en entregarse mutuamente, de acuerdo con lo que se estipula en este Acuerdo, los individuos que procesados o condenados por las autoridades judiciales de cualquiera de los Estados contratantes, como autores, cómplices o encubridores de alguno o algunos de los crímenes o delitos especificados en el artículo 2°, dentro de la jurisdicción de una de las partes contratantes, busquen asilo o se encuentren dentro del territorio de una de ellas. Para que la extradición se efectúe, es preciso que las pruebas de la infracción sean tales que las leyes del lugar en donde se encuentre el prófugo o enjuiciado, justificarian su detención o su sometimiento a juicio, si la comisión, tentativa o frustración del crimen o delito se hubiere verificado en él.

.....

**Artículo 8** La solicitud de extradición deberá ser acompañada de la sentencia condenatoria si el prófugo hubiese sido juzgado y condenado; o del auto de detención dictado por el Tribunal competente, con la designación exacta del



## VENEZUELA

### SENTENCIA CASO MARIA DE LOURDES AÑEZ

#### Jurisprudencia

*delito o crimen que la motivaren, y de la fecha de su perpetración, así como de las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere dictado dicho auto, caso de que el fugitivo solo estuviere procesado.*

*Estos documentos se presentarán en originales o en copia, debidamente autenticada, y a ellos se agregará una copia del texto de la ley aplicable al caso, y en cuanto sea posible, las señas de la persona reclamada.*

*La extradición de los prófugos, en virtud de las estipulaciones del presente Tratado, se verificará de conformidad con las leyes de extradición del Estado al cual se haga la demanda.*

*En ningún caso tendrá efecto la extradición si el hecho similar no es punible por la ley de la nación requerida.*

**Artículo 9** *Se efectuará la detención provisional del prófugo si se produce por la vía diplomática un mandato de detención mandado por el Tribunal competente. Igualmente se verificará la detención provisional, si media un aviso transmitido aún por telégrafo por la vía diplomática al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado requerido de que existe un mandato de detención. En caso de urgencia, principalmente cuando se tema la fuga del reo, la detención provisional solicitada directamente por un funcionario judicial, puede ser acordada por una autoridad de policía o por un Juez de Instrucción del lugar en donde se encuentra el prófugo.*

*Cesará la detención provisional, si dentro del término de la distancia no se hace en forma la solicitud de extradición conforme a lo estipulado en el artículo 8°.*

Esta Sala de Casación Penal, observa que el aludido acuerdo sobre Extradición, no establece un lapso perentorio para que el Estado requirente presente solicitud formal de extradición y la documentación judicial necesaria, sin embargo, el artículo 387 del Código Orgánico Procesal Penal, expresamente señala, que dicho lapso será de sesenta (60) días continuos luego de su notificación, término este que es el que se tomará en cuenta a los fines del trámite correspondiente en el presente caso.

En este mismo orden de ideas, se observa que de acuerdo con las leyes venezolanas que regulan los procedimientos de extradición, no existen normas específicas que señalen requisitos formales para estimar la procedencia de esta. De modo que se torna imperioso acudir a la normativa citada, que por lo general recoge principios de Derecho Internacional generalmente aceptados, y de ella derivan los requisitos siguientes: **(A)** Solicitud formal de extradición, realizada por los correspondientes agentes diplomáticos; **(B)** copia, debidamente autorizada, del mandamiento de prisión o auto de detención; **(C)** declaraciones, en virtud de las cuales fue dictada la orden de detención; **(D)** toda la documentación necesaria que evidencie o pruebe la responsabilidad del solicitado; **(E)** Copia debidamente certificada de la documentación y **(F)** copia de las leyes o textos aplicables al caso concreto.

Aunado a lo anterior, la solicitud formal de extradición debe indicar todos los datos, que sirvan para la identificación plena de la persona solicitada, incluyendo datos filiatorios y las señas particulares correspondientes; y en los supuestos en que las solicitudes sean emitidas en un idioma distinto al castellano, la documentación debe entonces estar debidamente traducida a este idioma.

La Sala de Casación Penal, observa también que los mencionados requisitos no son indispensables al inicio del procedimiento, por cuanto el Estado requirente puede entregar la documentación necesaria, dentro de un lapso otorgado para tal fin.

#### **CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

Recibidas las actuaciones provenientes del Tribunal Trigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, referidas a la aprehensión de la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, quien de acuerdo con las actuaciones que cursan en autos, está identificada con la cédula de identidad número **V-30.147.941**, requerida por las autoridades de la República del Ecuador, en vista de la Notificación Roja Internacional, signada con el alfanumérico A-10349/10-2019, de fecha 6 de octubre de 2021, por la presunta comisión del delito de **“ROBO CON MUERTE”**, previsto y sancionado en el *“artículo 189, del inciso 6, del Código Integral Penal”*, detenida en territorio venezolano, la Sala observa:

En el caso de la extradición, la cual funge como un mecanismo de cooperación internacional en la lucha contra el delito, la República Bolivariana de Venezuela obra con mucha cautela y responsabilidad, siendo que en el caso de la extradición pasiva, como



## VENEZUELA

### SENTENCIA CASO MARIA DE LOURDES AÑEZ

#### Jurisprudencia

Estado requerido, se atienden los derechos individuales inherentes a la dignidad humana, constituyendo la intervención de la autoridad judicial nacional una garantía para el perseguido en favor de tales derechos y por principio de solidaridad humana en interés de la justicia.

En este sentido, conforme con lo dispuesto en la legislación vigente en nuestro país, la extradición pasiva puede ser tramitada por un gobierno extranjero ante la República Bolivariana de Venezuela, por dos vías: en primer lugar, presentando directamente la solicitud formal de extradición, con la documentación judicial necesaria para dar inicio al procedimiento de extradición; y en segundo lugar, solicitando como medida cautelar la detención preventiva de la persona requerida, con el compromiso de producir posteriormente la solicitud formal de extradición.

En lo concerniente a esta última vía, el gobierno extranjero puede solicitar a nuestra República, a través de Alertas o Notificaciones Rojas llevadas por la INTERPOL, que se ubique y se practique la detención de la persona requerida, dependiendo del caso, con el compromiso de la posterior consignación de la petición formal de extradición con la documentación judicial necesaria, en el supuesto de que la persona solicitada sea ubicada, de acuerdo con lo dispuesto en los tratados, convenios, acuerdos internacionales, prescripciones del Derecho internacional o el principio de reciprocidad.

Una vez ubicada la persona solicitada, se debe notificar inmediatamente al representante del Ministerio Público, quien, atendiendo a las circunstancias especiales del caso, la presentará ante el juzgado de primera instancia en función de control del Circuito Judicial Penal, donde se practique la detención dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, como así lo dispone el artículo 387 del Código Orgánico Procesal Penal.

Efectuado dicho procedimiento, el tribunal en funciones de control deberá emitir pronunciamiento de acuerdo con el artículo 387 del Código Orgánico Procesal Penal, sobre el procedimiento de extradición tramitado en el Estado requerido, y decidir sobre la procedencia o no de una medida de coerción personal, en caso de que esta haya sido solicitada, convirtiéndose así la intervención del juez de control, como órgano jurisdiccional nacional, en garantía para el ciudadano solicitado de que sus derechos individuales inherentes a la dignidad humana serán respetados.

En el caso objeto de análisis, el Tribunal Trigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en decisión de fecha 30 de julio de 2021, decretó contra la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, "...Medida de Reclusión Provisional, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1,2 y 3 del artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, en relación con lo previsto en los numerales 1, 2 y el Parágrafo Primero del artículo 237 eiusdem...", por encontrarse requerida por las autoridades de la República del Ecuador, la cual solicitó su aprehensión según consta de la Notificación Roja Internacional, signada con el alfanumérico A-10349/10-2019, de fecha 6 de octubre de 2019 (última actualización), por la presunta comisión del delito "**ROBO CON MUERTE**" previsto y sancionado, "en el artículo 189 del inciso 6, del Código Orgánico Integral Penal" ecuatoriano, y en razón de ello, acordó mantener su detención remitiendo las actuaciones al Tribunal Supremo de Justicia.

Revisadas las actuaciones recibidas en esta Sala de Casación Penal, se verificó que no consta en autos la solicitud formal de extradición de la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, por parte del Gobierno de la República del Ecuador, ni la documentación judicial que sustente dicha petición, lo cual resulta necesario para evaluar los requisitos de fondo que en materia de Derecho interno e internacional se aplican para el proceso de extradición pasiva.

En el presente caso, solo consta la Notificación Roja Internacional, signada con el alfanumérico A-10349/10-2019, de fecha 6 de octubre de 2019 (última actualización), publicada por la Secretaría General de INTERPOL, a solicitud de la Oficina Central de Quito



## VENEZUELA

### SENTENCIA CASO MARIA DE LOURDES AÑEZ

#### Jurisprudencia

Ecuador, por la presunta comisión del delito **“ROBO CON MUERTE”** previsto y sancionado, “en el artículo 189 del inciso 6, del Código Orgánico Integral Penal”, ecuatoriano.

En relación a las difusiones o notificaciones rojas internacionales, la Asamblea General de la Organización Internacional de Policía Criminal, denominada INTERPOL, en Asamblea celebrada en Hanói (Vietnam), el 31 de octubre de 2011, a través de la Resolución AG-2011-RES-07, aprobó por unanimidad de sus miembros, el “Reglamento de INTERPOL sobre el Tratamiento de Datos”, el cual entró en vigencia el 1 de julio de 2012, y regula las normas de funcionamiento del Sistema de Información de INTERPOL en materia de procesamiento de datos. Específicamente, contiene en su Título 3, Capítulo II, todo lo concerniente a la denominación y el trámite de las notificaciones y difusiones, entre las que se encuentran las notificaciones rojas.

El artículo 82 de dicho reglamento, establece como finalidad de las **notificaciones rojas**, lo siguiente:

*“...Las notificaciones rojas se publicarán a petición de una Oficina Central Nacional o de una entidad internacional dotada de competencias en materia de investigación y enjuiciamiento penal para solicitar la localización de una persona buscada y su detención o limitación de desplazamientos con miras a su extradición, entrega o aplicación de otras medidas jurídicas similares...”.* (Subrayado de la Sala).

Esta Sala ha reiterado en sentencia número 327 del 31 de octubre de 2014, que la notificación roja constituye el fundamento de la solicitud de detención con fines de extradición, en los términos siguientes:

*“...La notificación roja consiste en una solicitud de localización de persona buscada y su detención preventiva o provisional, con la finalidad de requerir su extradición.  
De lo expuesto se evidencia que, la notificación roja contiene efectivamente una solicitud de detención preventiva con el compromiso de requerir la extradición formal, una vez localizada la persona requerida. Por tratarse de un trámite relacionado con el proceso de extradición, su conocimiento corresponde a los órganos jurisdiccionales del país requerido, quienes en definitiva dictaminarán la procedencia o improcedencia de dicha medida cautelar, tal como lo establece el artículo 387 de nuestro Código Orgánico Procesal Penal...”.*

De manera que, al constar en el expediente la copia certificada de la Notificación Roja Internacional, dictada contra la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, en razón a un proceso penal iniciado en su contra por el Gobierno de la República del Ecuador, la Sala de Casación Penal estima procedente notificar a ese Estado requirente, fijando el lapso perentorio de sesenta (60) días continuos a partir de su efectiva notificación, para la presentación de la documentación pertinente para decidir el fondo de la solicitud de extradición pasiva. Todo ello conforme con el artículo 9 del Acuerdo sobre Extradición, firmado en Caracas el 18 de julio de 1911, aprobado por el Poder Legislativo Nacional el 28 de junio de 1912 y ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional el 19 de diciembre de 1914, así como el artículo 386 del Código Orgánico Procesal Penal.

#### DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley, acuerda **NOTIFICAR** al Gobierno de la República del Ecuador, a través del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, del término perentorio de sesenta (60) días, que tiene, a partir del día siguiente a la fecha en que se efectúe su notificación, para presentar la solicitud formal de extradición y la documentación judicial necesaria en el procedimiento de extradición de la ciudadana **MARÍA DE LOURDES AÑEZ RODRÍGUEZ**, quien de acuerdo con las actuaciones que cursan en autos, está identificada con la cédula de identidad número **V-30.147.941**, y es requerida por las autoridades de la República del Ecuador, en virtud de la Notificación Roja Internacional signada con el alfanumérico A-10349/10-2019, de fecha 6 de octubre de 2019 (última actualización), publicada por la Secretaría General de INTERPOL, a solicitud de la Oficina Central de Quito Ecuador, por la presunta comisión del delito **“ROBO CON MUERTE”** previsto y sancionado, “en el artículo 189 del inciso 6, del Código

**VENEZUELA****SENTENCIA CASO MARIA DE LOURDES AÑEZ****Jurisprudencia**

Orgánico Integral Penal", ecuatoriano., conforme con lo establecido en el artículo 387 del Código Orgánico Procesal Penal, con expresa constancia que en caso de no ser presentada la documentación requerida en dicho lapso, se ordenará la libertad sin restricciones de la mencionada ciudadana, según lo dispuesto en los artículos 09 del Acuerdo sobre Extradición y 388 del Código Orgánico Procesal Penal.

Publíquese, regístrese y ofíciase lo conducente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, en Caracas, a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021). Años: 211° de la Independencia y 162° de la Federación.

El Magistrado Presidente,

**MAIKEL JOSÉ MORENO PÉREZ**

La Magistrada Vicepresidenta,

La Magistrada,

**ELSA JANETH GÓMEZ MORENO**  
(Ponente)

**FRANCIA COELLO GONZÁLEZ**

El Magistrado,

**JUAN LUIS IBARRA VERENZUELA**

**YANINA BEATRIZ KARABIN DE DÍAZ**

La Secretaria,

**ANA YAKELINE CONCEPCIÓN DE GARCÍA**



**VENEZUELA**

**SENTENCIA CASO MARIA DE LOURDES AÑEZ**

**Jurisprudencia**

La Magistrada Yanina Beatriz Karabin De Díaz no firma por motivos justificados.

**EJGM**

Exp. AA30-P-2021-00107



**Defensoría Pública**  
del Ecuador



**#SomosDefensoríaPública**

# BLODEPM

Bloque de Defensores Públicos  
Oficiales del Mercosur

JUNIO 2022 | Boletín De Jurisprudencia



@DefPublicaEC

[www.defensoria.gob.ec](http://www.defensoria.gob.ec)