



2023

BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA

Nº 18



Elaborado por la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela



PRESENTACIÓN

Para la Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela, es un gran honor la elaboración y presentación de la edición N° 18 del Boletín de Jurisprudencia sobre Derechos Humanos del Bloque de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur, BLODEPM; publicación que contiene valiosos aportes jurisprudenciales, remitidos por las Defensas o Defensorías Públicas de la República Argentina, República Federativa del Brasil, República de Chile, República del Ecuador, República del Paraguay, República Oriental del Uruguay y por la República Bolivariana de Venezuela.

El presente boletín contiene catorce (14) fallos a favor de las Defensas o Defensorías Públicas y Asociaciones de Defensa Pública pertenecientes al BLODEPM, en los que se destaca la actuación de los defensores y defensoras públicas en pro del respeto y garantía de los derechos humanos, específicamente, en la protección de los grupos en situación de vulnerabilidad.

En el caso de la República Argentina, se presentan dos (02) decisiones de especial interés jurídico, relacionadas con la protección del derecho a la vida y a la salud, concretamente, con el acceso a los medicamentos necesarios para tratamientos de enfermedades, ante el sistema nacional de salud pública. Por otro lado, muestran la vulnerabilidad de la víctima ante el delito de trata de personas para el tráfico de estupefacientes.

La República Federativa del Brasil, por su parte, aporta tres (03) decisiones en las que destacan la adopción de audiencias de custodia en todo tipo de prisión, incluida la temporal, preventiva, definitiva y en flagrancia; la responsabilidad del Estado de garantizar guarderías y centros preescolares para niños y niñas hasta los cinco (05) años de edad y el derecho a la resocialización de los privados y privadas de libertad.

En lo que respecta a la República de Chile, esta expone un (01) fallo relacionado con el recurso de amparo constitucional a favor de un ciudadano chileno, por haber sido vulnerado su derecho a la defensa y al debido proceso dentro de los plazos establecidos por la ley.

En cuanto a la República del Ecuador, se pueden observar dos (02) recursos de *habeas corpus*. En la primera sentencia, se evita la vulneración del derecho de los niños, niñas y adolescentes a la integridad física y psíquica, del derecho a la familia y del derecho de los hijos a una paternidad responsable; mientras que la segunda aborda el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso en la garantía de la motivación, a ser juzgado dentro de un plazo razonable, a la integridad personal, a la salud, y a la privación de libertad en condición de dignidad.

En las dos (02) decisiones presentadas por la República del Paraguay, se destaca la actuación de los defensores públicos quienes exigieron el respeto al debido proceso y al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, según estipula la ley.

La República Oriental del Uruguay refiere dos (02) sentencias, en las que se aborda el acceso a la información pública como un derecho humano fundamental, más aún cuando es solicitada por un defensor público. También, abordan la función del defensor público penal,

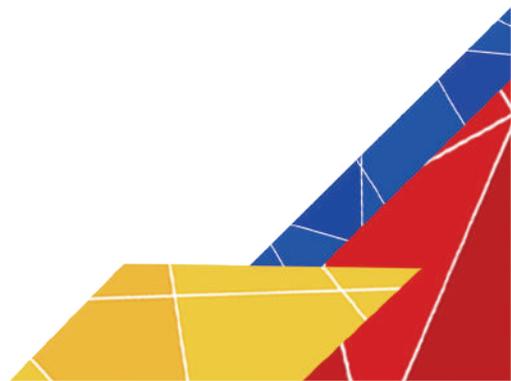


encargado de proteger los derechos humanos y velar por el respeto del derecho a un juicio justo, al defender a los acusados ante el tribunal.

En lo que corresponde a la República Bolivariana de Venezuela, se presentan dos (02) sentencias. Una de ellas hace referencia a la revisión constitucional de un caso emblemático; mientras, la segunda se relaciona con el amparo constitucional en un desalojo arbitrario; fallos que se vinculan con el respeto y la garantía del derecho a la vida, a la salud, a la vivienda, a la comunicación, a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Finalmente, las decisiones o fallos que se exponen a continuación destacan la loable labor que se realiza en cada una de las instituciones que integran el Bloque de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur – BLODEPM, en pro de la garantía, respeto y promoción de los derechos humanos.

DR. DANIEL AUGUSTO RAMÍREZ HERRERA
Defensor Público General de la República Bolivariana de Venezuela



INDICE

PRESENTACIÓN

1. REPÚBLICA ARGENTINA

Defensoría General de la Nación Argentina.

- 1.1 MAF (causa N° 57701). 5
- 1.2 MDN (causa N° 746). 25

2. REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL

Defensoría Pública de la Unión de Brasil - DPU

- 2.1 Ficha: RCL 29303 71
- 2.2 Ficha: RE1008166 72
- 2.3 MC 53.005 73

3. REPÚBLICA DE CHILE

Defensoría Penal Pública de Chile

- 3.1. Folio 68147-2023. 82

4. REPÚBLICA DEL ECUADOR.

Defensoría Pública del Ecuador

- 4.1. Jurisprudencia Sentencia No. 202-19-JH/21. 86
- 4.2. Jurisprudencia Caso No. 2622-17-EP. 157

5. REPÚBLICA DE PARAGUAY

Ministerio de la Defensa Pública de Paraguay

- 5.1. Resolución: Libertad. Nro. 429. 207
- 5.2. Sentencia definitiva Nro. 95. 212

6. REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Asociación de Defensores Públicos del Uruguay – ADEPU

- 6.1. Sentencia definitiva N° 120/2022. 219
- 6.2. Sentencia: 4/2023, fecha: 06/02/23. 230

7. REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Defensa Pública de la República Bolivariana de Venezuela.

- 7.1. Revisión Constitucional. Desaparición del ciudadano César Burguillos, quien fue víctima de los hechos acaecidos en el año 1965 por funcionarios adscritos al DIGEPOL. 241
- 7.2. Amparo Constitucional. EXP: 16825. 286

ARGENTINA



PARÁMETRO	CONTENIDO
País	República Argentina
Título	MAF (Causa N° 57701)
Fecha	27 de enero de 2023
Tribunal	Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala de FERIA
Materia	Derecho a la salud. Medidas cautelares. Medida cautelar innovativa. Daño. Verosimilitud del derecho. Peligro en la demora. Personas con discapacidad. Medidas de acción positiva. Derechos humanos. Derecho a la vida. Derecho a la preservación de la salud. Igualdad. No discriminación. Sistema Nacional de Seguro de Salud. Cobertura integral. Enfermedades poco frecuentes. Obras sociales. Médicos. Tratamiento médico. Plan Médico Obligatorio. Medicamentos.
Derechos involucrados	COBERTURA INTEGRAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DAÑO DERECHO A LA PRESERVACIÓN DE LA SALUD DERECHO A LA SALUD DERECHO A LA VIDA DERECHOS HUMANOS ENFERMEDADES POCO FRECUENTES IGUALDAD JURISPRUDENCIA MEDICAMENTOS MÉDICOS MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA MEDIDAS CAUTELARES MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA NO DISCRIMINACIÓN OBRAS SOCIALES PELIGRO EN LA DEMORA PERSONAS CON DISCAPACIDAD PLAN MEDICO OBLIGATORIO SISTEMA NACIONAL DE SEGURO DE SALUD TRATAMIENTO MÉDICO VEROSIMILITUD DEL DERECHO
Breve relación de los hechos	Una persona había sido diagnosticada con ELA (Esclerosis Lateral Amiotrófica) y contaba con certificado de discapacidad. A raíz del avance de la enfermedad, su memoria se había deteriorado. Por ese motivo, solicitó a su obra social (PAMI) la cobertura integral de un medicamento de costo elevado que le había prescrito su médica

ARGENTINA



	<p>tratante. No obstante, la obra social rechazó el pedido. Entre sus argumentos, sostuvo que la droga requerida no estaba incluida en el listado oficial de medicamentos vigente (vademécum). Asimismo, expuso que no se había probado que fuera efectiva para el tratamiento de su enfermedad. En consecuencia, el organismo le ofreció otro remedio. Sin embargo, la persona rechazó el ofrecimiento dado que ya lo había ingerido con anterioridad y no le había dado buenos resultados. En ese marco, inició una acción judicial contra PAMI y solicitó como medida cautelar la cobertura de la medicación. En su presentación, expresó que la droga era la última alternativa para evitar el progreso de la patología y el agravamiento de su estado salud. El juzgado interviniente hizo lugar al planteo. Por consiguiente, la demandada interpuso un recurso de apelación.</p>
Argumentos	<p>1. Derecho a la salud. Medidas cautelares. Medida cautelar innovativa. Daño. Verosimilitud del derecho. Peligro en la demora. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Jurisprudencia. “El sub examine exige de la magistratura una solución expedita y efectiva frente a la magnitud de los derechos constitucionales conculcados y la eventual concreción de un daño irreparable; en el caso se encuentra afectada la salud del accionante (conf. doctrina de la CSJN en Fallos: 324: 2042; 325:3542; 326:970, 1400 y 4981; 327:1444 [...]). Como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: (Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30 y 532; 323:1877 y 324:2042). [L]os recaudos para la procedencia genérica de las medidas precautorias previstos por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca de la verosimilitud en el derecho se puede atenuar. Dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia al apreciar los recaudos que hacen</p>

ARGENTINA



a su admisibilidad. [E]s de la esencia de la medida cautelar innovativa enfocar sus proyecciones en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva...”.

2. Personas con discapacidad. Medidas de acción positiva. Derechos humanos. Derecho a la vida. Derecho a la preservación de la salud. Igualdad. No discriminación. Sistema Nacional de Seguro de Salud. Cobertura integral.

“El derecho a la vida ha sido considerado reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. [L]a Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga. [E]l art. 75, inc. 23, de nuestra Carta Magna estableció el deber de legislarse y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. En [la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad] se define [...] a la ‘Discriminación contra las personas con discapacidad’ como toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente o consecuencia de ella, sea presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Por el contrario, se aclara que no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, en consonancia con el artículo segundo que declara que los objetivos de la Convención son la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su

ARGENTINA



plena integración en la sociedad. Para lo cual, los estados parte se comprometen a propiciar su plena integración en la sociedad y trabajar prioritariamente, entre otras áreas, en el tratamiento, la rehabilitación, la educación, la formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad...". "[L]a ley 22.431 instituyó el `Sistema de protección integral de las personas discapacitadas´ que, entre otros fines, tiene por objeto asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social; y la ley 24.901 que estableció un `Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad´, contempla acciones tanto de prevención, como de asistencia, promoción y protección, con la finalidad de otorgarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. La segunda de las leyes mencionadas estableció, en su art.2, que la obligación de la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en ella se encuentra a cargo de las obras sociales enunciadas en el art.1 de la ley 23.660, según lo necesiten los afiliados con discapacidad..." "[L]a Ley N° 23.661 instituyó el sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción `integradora´ del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden `su participación en la gestión directa de las acciones´. [S]u objetivo fundamental es `proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación´..."

3. Enfermedades poco frecuentes. Obras sociales. Médicos. Tratamiento médico. Plan Médico Obligatorio. Medicamentos. Derecho a la salud. Corte Suprema de Justicia de la Nación. "[L]os profesionales médicos tienen, conforme a sus conocimientos técnicos, atribuciones para escoger dentro de las diversas opciones, cual es la más apta para aplicar en cada caso concreto con los límites que puedan eventualmente surgir de las reglas de la ciencia, con la razonabilidad exigida para ejercer su profesión y el consentimiento informado del paciente, asumiendo las responsabilidades por los

ARGENTINA



	<p>posibles riesgos conforme a las normas que reglamentan la actividad médica...”. “[C]on relación a la determinación de la responsabilidad por el Plan Médico Obligatorio, corresponde señalar que una interpretación global de la normativa constitucional e internacional de derechos humanos, permite razonablemente concluir que dicho plan fija el límite inferior del universo de las prestaciones que deben otorgar los agentes del Servicio de Salud a sus afiliados, tanto respecto de las Obras Sociales como de las empresas de medicina prepaga. No puede desconocerse la necesidad de su continua actualización de conformidad con las necesidades sociales, el descubrimiento de nuevas patologías, y los concretos padecimientos que puedan indicar una u otra prácticas según el cuadro de cada paciente. En el caso, el apego estricto al mentado programa colisionaría con el derecho a la salud y a gozar de una real y concreta asistencia médica y terapéutica. Esta opinión halla su sustento en la pluralidad de normas de carácter constitucional que resultan prevalentes frente a la resolución ministerial que establece el piso mínimo de prestaciones obligatorias para los agentes de salud, que de ninguna forma puede considerarse taxativo. [L]a Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido, en casos excepcionales, mayor amplitud a los límites establecidos por sus normativas específicas. en el caso: `Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo´ [...] dejó sentado que las especificaciones del P.M.O. deben interpretarse en armonía con el principio general que emana del artículo 1° del Decreto 486/2002, en cuanto garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud. [L]a protección del derecho a la salud, por cuanto su rango constitucional resulta superior a toda normativa legal que se le oponga...”.</p>
Fundamentos de derecho	<p>CAM (causa N° 11733) Toranzo (causa N° 2995)</p>
Decisión	<p>La Sala de Feria de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la sentencia de primera instancia (jueza Yabor y juez Álvarez).</p>



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA DE FERIA

La Plata, 27 de enero de 2023.-

Y VISTOS: Este expediente N° FLP 57701/2022/CA1, caratulado "Incidente N° 1 - ACTOR: M.A.F. DEMANDADO: PAMI s/INC APELACION", procedente del Juzgado Federal N° 4 de esta ciudad.-

Y CONSIDERANDO QUE:

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Tribunal de Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la resolución de primera instancia que hizo lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenó al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP-PAMI) que provea al Sr. A.F.M. (D.N.I.) la medicación Siponimod 0,25 mg. por 12 comprimidos (Mayzent), según prescripción médica.

II. Se agravia la demandada toda vez que se le impone la entrega de un medicamento que no se encuentra dentro del vademécum vigente de la obra social, lo que implica la imposibilidad material de entrega.

Asimismo, hace saber que PAMI se encuentra sujeta y se rige por normas que debe cumplir inexorablemente y lo contrario implicaría un desmedro de los derechos e intereses de los propios jubilados, destinatarios de las prestaciones.

Por otro lado, manifiesta que el sistema de autorización de este tipo de insumo requiere por su

Fecha de firma: 27/01/2023

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: KARINA MABEL YABOR, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA



#37424831#355239138#20230127074910603

ARGENTINA



complejidad, además del análisis de profesionales médicos, la revisión técnica efectuada por la Gerencia de Medicamentos que se encuentra en Nivel Central, la cual tiene a su cargo la obligación de analizar la viabilidad del otorgamiento del fármaco en función de la normativa vigente, el diagnóstico del paciente y la documentación aportada.

En consecuencia, explica que la Subgerencia de Medicamentos manifestó mediante dictamen de actuación que la droga solicitada no se encuentra incluida en el vademécum de PAMI, y por tal motivo no se puede acceder a la cobertura.

En este marco, expone que la enfermedad que padece el actor tiene evolución incierta y no es curable, sumado a que no se encuentra debidamente probada la efectividad del medicamento solicitado.

Sin perjuicio de ello, señala que existe la posibilidad de que el afiliado gestione la cobertura por vía administrativa del tratamiento con la droga Interferón Beta 1b, utilizada por los profesionales para prevenir o espaciar los episodios de brotes propios de la enfermedad.

Frente a lo expuesto, alega que de lo observado por el Registro de Tratamiento Farmacológico de la obra social, se está pidiendo que el médico tratante opte por una alternativa medicamentosa acorde a la patología del amparista, con cobertura prestacional y que cumple con el Programa Médico Obligatorio.

Fecha de firma: 27/01/2023

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: KARINA MABEL YABOR, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA



#37424831#355239138#20230127074910603



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA DE FERIA

Para finalizar, hace referencia a los decretos N° 8607/2021, 260/2020 y 863/2022, mediante los cuales el Gobierno Nacional prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2023 la emergencia pública en materia sanitaria establecida en la ley 27.541, a fin de mantener y lograr los objetivos esenciales y ayudar a mantener el equilibrio económico financiero de PAMI a efectos de evitar su quiebre, y la consecuente desatención de sus beneficiarios.

III. El sub examine exige de la magistratura una solución expedita y efectiva frente a la magnitud de los derechos constitucionales conculcados y la eventual concreción de un daño irreparable; en el caso se encuentra afectada la salud del accionante (conf. doctrina de la CSJN en Fallos: 324: 2042; 325:3542; 326:970, 1400 y 4981; 327:1444; P. 1425. XL. "Poggi, Santiago Omar y otra c/ Estado Nacional y otra s/ acción de amparo", fallo del 7/12/04; L. 1566. XXXIX. "López, Miguel Enrique Ricardo c/ Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ acción de amparo", fallo del 15/03/05; A. 1530. XL. Albarracín, Esther Eulalia c/ Buenos Aires, Provincia de (Minist. de Salud) y otro (Poder Ejecutivo Nacional s/ acción de amparo", fallo del 14/12/04, E.D. 24 05 05 (supl.), nro. 248.; entre otros).

Como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta

Fecha de firma: 27/01/2023

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: KARINA MABEL YABOR, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA



#37424831#355239138#20230127074910603

ARGENTINA



materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30 y 532; 323:1877 y 324:2042).

Por otro lado, los recaudos para la procedencia genérica de las medidas precautorias previstos por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño, y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca de la verosimilitud en el derecho se puede atenuar.

Dentro de aquéllas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia al apreciar los recaudos que hacen a su admisibilidad (Fallos: 325:2347; E. 366. XXXVIII. "Energía Mendoza S.E. c/ AFIP- DGI y Ots. s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad", fallo del 30/09/03).

En tal sentido, es de la esencia de la medida cautelar innovativa enfocar sus proyecciones en tanto dure el litigio sobre el fondo mismo de la controversia,

Fecha de firma: 27/01/2023

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: KARINA MABEL YABOR, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA



#37424831#355239138#20230127074910603



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA DE FERIA

ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 325:2367).

IV. Frente a lo expuesto, corresponde analizar la procedencia de la medida precautoria dictada en autos.

El derecho a la vida ha sido considerado reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284, 310:112; R.638.XL., 16/05/06 - "R., N.N. c/ INSSJP s/ amparo").

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud comprendido dentro del derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y 323:1339).

De igual manera, ha merecido particular atención por parte del constituyente de 1994 ya que el art. 75, inc. 23, de nuestra Carta Magna estableció el

Fecha de firma: 27/01/2023

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: KARINA MABEL YABOR, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA



#37424831#355239138#20230127074910603

ARGENTINA



deber de legislarse y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Al respecto, en el caso de autos debemos atender a los derechos de una persona con discapacidad. Por tal razón, deviene aplicable la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 25.280.

En ella se define a la discapacidad como "una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico o social"; a la "Discriminación contra las personas con discapacidad" como toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente o consecuencia de ella, sea presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Por el contrario, se aclara que no constituye discriminación la distinción o

Fecha de firma: 27/01/2023

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: KARINA MABEL YABOR, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA



#37424831#355239138#20230127074910603

ARGENTINA



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA DE FERIA

preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, en consonancia con el artículo segundo que declara que los objetivos de la Convención son la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. Para lo cual, los estados parte se comprometen a propiciar su plena integración en la sociedad y trabajar prioritariamente, entre otras áreas, en el tratamiento, la rehabilitación, la educación, la formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad.

V. Por su parte, la ley 22.431 instituyó el "Sistema de protección integral de las personas discapacitadas" que, entre otros fines, tiene por objeto asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social; y la ley 24.901 que estableció un "Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad", contempla acciones tanto de prevención, como de asistencia, promoción y protección, con la finalidad de otorgarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.

La segunda de las leyes mencionadas estableció, en su art.2, que la obligación de la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en

Fecha de firma: 27/01/2023

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: KARINA MABEL YABOR, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA



#37424831#355239138#20230127074910603

ARGENTINA



ella se encuentra a cargo de las obras sociales enunciadas en el art.1 de la ley 23.660, según lo necesiten los afiliados con discapacidad.

VI. En ese marco, la Ley N° 23.661 instituyó el sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. Con tal finalidad, dicho seguro ha sido organizado dentro del marco de una concepción "integradora" del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden "su participación en la gestión directa de las acciones" (art. 1). Su objetivo fundamental es "proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación...". Asimismo, "se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye..." (art. 2).

Por su parte, la Ley N° 19.032 creó el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y

Fecha de firma: 27/01/2023

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: KARINA MABEL YABOR, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA



#37424831#355239138#20230127074910603



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA DE FERIA

Pensionados - PAMI y en su artículo segundo dicha norma dispone que "...El Instituto tendrá como objeto otorgar -por sí o por terceros- a los jubilados y pensionados del régimen nacional de previsión y del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones y a su grupo familiar primario, las prestaciones sanitarias y sociales, integrales, integradas y equitativas, tendientes a la promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, organizadas en un modelo prestacional que se base en criterios de solidaridad, eficacia y eficiencia, que respondan al mayor nivel de calidad disponible para todos los beneficiarios del Instituto, atendiendo a las particularidades e idiosincrasia propias de las diversas jurisdicciones provinciales y de las regiones del país. Las prestaciones así establecidas se considerarán servicios de interés público...".

VII. En el caso, resulta acreditado por la documentación acompañada que el Sr. A.F.M., de 56 años de edad, está afiliado al INNSJP - PAMI, N° 150624703309-00.

De las constancias de autos surge que el amparista posee certificado de discapacidad con diagnóstico de Esclerosis Múltiple.

Del resumen de historia clínica suscripto por la Dra. María Laura Saladino, Médica Neuróloga, se desprende que el actor tiene diagnóstico de Esclerosis Múltiple secundaria progresiva con actividad, teniendo su primera manifestación en el año 2002. Frente a ello, solicitó iniciar tratamiento con Siponimod (Mayzent) por

Fecha de firma: 27/01/2023

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: KARINA MABEL YABOR, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA



#37424831#355239138#20230127074910603

ARGENTINA



ser el único medicamento aprobado para formas clínicas de Esclerosis Múltiple Secundaria progresiva con actividad y compromiso cognitivo.

Relata el amparista que requirió a la obra social el medicamento indicado y la demandada negó la cobertura. En consecuencia, envió carta documento a fin de intimar a PAMI que brinde el cumplimiento de la medicación prescripta por su médica tratante, la cual fue rechazada toda vez que la droga solicitada no se encuentra incluida en el vademécum de la obra social.

En este sentido, manifiesta que el medicamento es la última esperanza para prevenir nuevos brotes discapacitantes de la enfermedad, sin embargo es de elevado costo, lo que hace imposible su adquisición.

Asimismo, señala que la medicación Interferón Beta 1b que fue propuesta por la demandada, se le aplicó en un comienzo de la enfermedad sin éxito.

VIII. Sentado lo expuesto corresponde proceder al tratamiento de los agravios expresados por la parte demandada.

En primer lugar, cabe señalar que los profesionales médicos tienen, conforme a sus conocimientos técnicos, atribuciones para escoger dentro de las diversas opciones, cual es la más apta para aplicar en cada caso concreto con los límites que puedan eventualmente surgir de las reglas de la ciencia, con la razonabilidad exigida para ejercer su profesión y el consentimiento informado del paciente, asumiendo las

Fecha de firma: 27/01/2023

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: KARINA MABEL YABOR, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA



#37424831#355239138#20230127074910603



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA DE FERIA

responsabilidades por los posibles riesgos conforme a las normas que reglamentan la actividad médica.

En este sentido, del resumen de historia clínica suscripto por la Dra. Saladino se desprenden todos los tratamientos que el amparista recibió desde el año 2002 hasta la actualidad, conforme la evolución de su enfermedad.

Explica la profesional que el paciente fue derivado al INERE - Instituto de Neurociencias Restaurativas en abril de 2022 para evaluar la evolución y continuidad de tratamiento. Frente a ello, en junio de 2022 se realizó evaluación neurocognitiva con evidencia de fallas en memoria visual, memoria de trabajo, lenguaje y memoria verbal.

En consecuencia, expuso que teniendo en cuenta la evolución de la enfermedad, se interpreta el cuadro como pasaje a forma clínica Secundaria progresiva (EMSP) con actividad y se suspendió el tratamiento con Teriflunomida, solicitando iniciar tratamiento con Siponimod (Mayzent).

Sobre la medicación solicitada en la medida cautelar, la Dra. Saladino relató que es el único medicamento aprobado para formas clínicas de Esclerosis Múltiple Secundaria progresiva con actividad y compromiso cognitivo.

Finalmente, manifestó que los estudios de historia natural de la enfermedad determinan que la Esclerosis Múltiple es una enfermedad potencialmente

Fecha de firma: 27/01/2023

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: KARINA MABEL YABOR, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA



#37424831#355239138#20230127074910603



discapacitante, y la evidencia clínica determina que este medicamento inmunomodulador modifica favorablemente el curso histórico de la enfermedad.

En razón de lo expuesto, resultando acreditada la necesidad del actor de contar con la medicación prescripta para tratar su enfermedad, considero que debe confirmarse lo decidido por el juez de primera instancia.

Además, resulta menester tener presente que si bien la parte demandada ofreció brindar la cobertura del tratamiento con la droga Interferón Beta 1b, la Dra. Saladino informó que en el año 2003 comenzó el tratamiento inmunomodulador con Interferón Beta 1 hasta el 2007, fecha en que fue suspendido y se cambió a Acetato de Glatiramer.

IX. Para finalizar, con relación a la determinación de la responsabilidad por el Plan Médico Obligatorio, corresponde señalar que una interpretación global de la normativa constitucional e internacional de derechos humanos, permite razonablemente concluir que dicho plan fija el límite inferior del universo de las prestaciones que deben otorgar los agentes del Servicio de Salud a sus afiliados, tanto respecto de las Obras Sociales como de las empresas de medicina prepaga. No puede desconocerse la necesidad de su continua actualización de conformidad con las necesidades sociales, el descubrimiento de nuevas patologías, y los

Fecha de firma: 27/01/2023

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: KARINA MABEL YABOR, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA



#37424831#355239138#20230127074910603



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA DE FERIA

concretos padecimientos que puedan indicar una u otra prácticas según el cuadro de cada paciente.

En el caso, el apego estricto al mentado programa colisionaría con el derecho a la salud y a gozar de una real y concreta asistencia médica y terapéutica. Esta opinión halla su sustento en la pluralidad de normas de carácter constitucional que resultan prevalentes frente a la resolución ministerial que establece el piso mínimo de prestaciones obligatorias para los agentes de salud, que de ninguna forma puede considerarse taxativo.

Resulta pertinente destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido, en casos excepcionales, mayor amplitud a los límites establecidos por sus normativas específicas.

En efecto, el Alto Tribunal en el caso: "Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo" (R.638.XL, fallo del 16/05/06 - Fallos 329:1638) dejó sentado que las especificaciones del P.M.O. deben interpretarse en armonía con el principio general que emana del artículo 1° del Decreto 486/2002, en cuanto garantiza a la población el acceso a los bienes y servicios básicos para la conservación de la salud.

De esta forma cabe interpretar la protección del derecho a la salud, por cuanto su rango constitucional resulta superior a toda normativa legal que se le oponga.

X. Todo ello permite concluir que a la luz del marco legislativo antes desarrollado y con un análisis

Fecha de firma: 27/01/2023

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: KARINA MABEL YABOR, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA



#37424831#355239138#20230127074910603

ARGENTINA



preliminar que demanda el anticipo cautelar, la verosimilitud del derecho se encuentra suficientemente acreditada.

En otro orden de cosas, el peligro en la demora puede apreciarse en el perjuicio que podría causarle al actor la imposibilidad de llevar adelante su tratamiento, circunstancia que exige una respuesta rápida y oportuna, que evite consentir alegaciones dilatorias que pueden conducir al riesgo de la producción de un daño irreparable en su salud.

En virtud de ello, dentro de la precariedad cognoscitiva propia de esta instancia, los elementos arrojados al promover la acción -analizados al solo efecto cautelar y sin que ello importe adelantar opinión sobre el fondo del asunto- satisfacen los requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar peticionada, no siendo un obstáculo para ello su identificación con el fondo de la cuestión debatida, frente a la naturaleza de los derechos involucrados y la urgencia de su protección.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta los derechos humanos en pugna, reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales que la conforman, propongo al Acuerdo rechazar el recurso interpuesto y, por ende, confirmar lo decidido por el juez de primera instancia.

Así lo voto.

LA JUEZA YABOR DIJO:

Fecha de firma: 27/01/2023

Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: KARINA MABEL YABOR, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA



#37424831#355239138#20230127074910603

ARGENTINA



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA DE FERIA

Adhiero a la solución propuesta por el juez Álvarez.

Por ello, en orden al Acuerdo que antecede, SE RESUELVE:

CONFIRMAR la resolución apelada.

Regístrese, notifíquese, devuélvase las actuaciones de manera electrónica y comuníquese por DEO al juzgado interviniente.

CESAR ÁLVAREZ
JUEZ DEL TRIBUNAL DE FERIA

KARINA MABEL YABOR
JUEZA DEL TRIBUNAL DE FERIA

EMILIO SANTIAGO FAGGI
SECRETARIO DE FERIA

Fecha de firma: 27/01/2023
Firmado por: CESAR ALVAREZ, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: KARINA MABEL YABOR, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: EMILIO SANTIAGO FAGGI, SECRETARIO DE CAMARA



#37424831#355239138#20230127074910603

ARGENTINA



PARÁMETRO	CONTENIDO
País	República Argentina
Título	MDN (causa N° 746)
Fecha	20 de marzo 2023
Tribunal	Juzgado en lo Penal Económico Nro. 5
Materia	Estupeficientes. Tráfico de estupeficientes. Contrabando de estupeficientes. Trata de personas. Tipicidad. Víctima. Vulnerabilidad. Trata de personas. Víctima. Vulnerabilidad. Violencia de género. Reglas de Brasilia. Trata de personas. Víctima. Autodeterminación. Vulnerabilidad. Prueba. Informes. Apreciación de la prueba. Culpabilidad.
Derechos involucrados	APRECIACION DE LA PRUEBA AUTODETERMINACION CONTRABANDO DE ESTUPEFACIENTES CULPABILIDAD ESTUPEFACIENTES GÉNERO INFORMES PERSPECTIVA DE GÉNERO PRUEBA REGLAS DE BRASILIA TIPICIDAD TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES TRATA DE PERSONAS VICTIMA VIOLENCIA DE GÉNERO VULNERABILIDAD
Breve relación de los hechos	Una mujer de nacionalidad estadounidense mantenía una relación afectiva con un hombre a través de la aplicación Whatsapp. El varón le había solicitado que viajara a la República Argentina para retirar una documentación personal y le propuso un encuentro en Escocia. Una vez en Argentina, un grupo de personas cercanas al hombre le entregó determinados objetos a fin de hacérselos llegar. Durante el control aeroportuario, encontraron en su equipaje envases que contenían clorhidrato de cocaína en formato líquido. Por ese hecho fue detenida e imputada por el delito de contrabando de estupeficientes tentado. En el marco de las entrevistas mantenidas por la defensoría con la mujer, manifestó que había sido engañada por el hombre. Además, refirió que había sido víctima de violencia de

ARGENTINA



	<p>género por parte de varias parejas a lo largo de su vida y que desde hacía más de quince años padecía depresión y ansiedad severas. Luego, durante la declaración indagatoria y su posterior ampliación, brindó explicaciones acerca de su historia personal, sus condiciones de vida y las circunstancias que motivaron su viaje. Por otro lado, la defensa solicitó la apertura del teléfono celular que contenía las conversaciones mantenidas con el hombre y respaldaban la versión brindada. Esos mensajes daban cuenta del maltrato verbal y psicológico sufrido por la imputada. En ese contexto, la defensa solicitó la confección de un informe psicológico al Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos, y un informe social al Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad del MPD. Asimismo, se incorporó una pericia antropológica realizada por la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado. La pericia explicaba los mecanismos que las organizaciones dedicadas al tráfico de estupefacientes empleaban para captar mujeres y su interrelación con los hechos de violencia vividos por su asistida. Por último, la Comisión sobre Temáticas de Género del MPD elaboró un dictamen sobre la obligación de juzgar con perspectiva de género. Asimismo, indicó la pertinencia de investigar los contextos de vulnerabilidad y violencia por los que las mujeres podían quedar imputadas en delitos de estupefacientes. Con esos informes, la defensa instó el sobreseimiento de la mujer. Entre otras cuestiones, fundamentó el pedido en la atipicidad objetiva por falta de dominio del hecho. En forma subsidiaria, planteó el análisis de los hechos a la luz de lo prescripto por el artículo 5 de la ley N° 26.364.</p>
Argumentos	<p>1. Estupefacientes. Tráfico de estupefacientes. Contrabando de estupefacientes. Prueba. Informes. Apreciación de la prueba. Género. Perspectiva de género. Violencia de género. Víctima. Autodeterminación. Vulnerabilidad. “[L]as constancias incorporadas a la causa dejan entrever que la maniobra ilícita investigada trasciende a la imputada y que nos encontramos ante una organización más sofisticada dedicada al tráfico y contrabando de sustancias estupefacientes [...]. Las circunstancias [del caso], sumadas a las pruebas que se han ido incorporando a la causa principal con motivo de las tareas de investigación en curso, conducen a evaluar la posibilidad de que [la imputada] haya sido víctima de explotación por parte de la referida organización. En este contexto, el análisis aludido deberá ser realizado con un enfoque integrador que aborde el caso con</p>



perspectiva de género pues, no es posible concebir un derecho penal moderno sin contemplar el derecho de las víctimas, dado que ello implicaría caer en una mirada sesgada, carente de perspectiva de género y propia de las estructuras ya superadas que rigieron y aún persisten en el Derecho Penal. Las argumentaciones vertidas por la defensa de [la acusada], con sustento en los informes confeccionados respecto de su ahijada procesal, tienden a demostrar que el contexto de vulnerabilidad estructural que ha signado la vida de la nombrada, fue socavando su capacidad de autodeterminación, circunstancia que habría impedido que pueda adecuar su comportamiento a la norma. Sobre tales premisas, la defensa técnica sostuvo que las condiciones personales de su asistida no le permitieron advertir, a su debido tiempo, la trama de mentiras de la que fue víctima. En el caso, los distintos informes y los relatos vertidos por [la imputada] indican que la nombrada ha sufrido durante su vida violencia de género por el padecimiento de abusos sexuales –tanto en su adolescencia como en su adultez–, maltratos, amenazas y trato violentos en general en forma sostenida y crónica por parte de su primer marido –padre de sus hijos–; como así también, de parejas posteriores. Ello, conduce a sostener que todas estas circunstancias habrían permitido que la organización criminal investigada, mediante la actuación de un supuesto prometido [...] –a través de la idea romántica de emprender una vida juntos– poco a poco fuera ganando la confianza de [la acusada] hasta anular su entendimiento y llevarla a la situación de detención en la que se encuentra en la actualidad. En esta línea, los nuevos elementos probatorios obrantes en la causa permiten afirmar que su conducta no fue el resultado del libre ejercicio del ámbito de autodeterminación en la toma de decisiones para actuar conforme a derecho, producto de los efectos nocivos que la violencia de género a la que estuvo sometida [la mujer] ocasionó en su capacidad física y psicológica de actuar”.

2. Contrabando de estupefacientes. Trata de personas. Tipicidad. Víctima. Vulnerabilidad.

“[E]n los delitos de contrabando de sustancia estupefaciente bajo la modalidad de ‘mula’, como el que aquí se investiga, se advierte la existencia de una situación de explotación o aprovechamiento de la vulnerabilidad de la mujer que puede constituir en una captación de la voluntad o en alguna de las conductas típicas del delito de trata de personas. Así, las mujeres captadas para operar como ‘mulas’ son expuestas a la asunción de los riesgos de ser descubiertas en

ARGENTINA



pleno despliegue de actividad ilegal, así como a los peligros propios del respectivo modus operandi de la maniobra, mientras que los victimarios que pueden encontrarse detrás, en mandos superiores de la cadena de tráfico o eslabones de mayor jerarquía del crimen organizado, eluden tales situaciones, someten a las mujeres, en muchas circunstancias, a diversas formas de explotación, aprovechándose de su situación de vulnerabilidad. La base de las organizaciones criminales suele estar integrada por agentes fungibles, fácilmente reemplazables para evitar que su pérdida comprometa la subsistencia de la empresa. Son los trabajos más rústicos y menos remunerados dentro de la división de tareas, y al mismo tiempo, los más riesgosos. Particularmente el transporte de estupefacientes bajo la modalidad conocida como ‘mulas’ se vale de personas dispuestas a poner en riesgo su vida y libertad por muy poco dinero en comparación con las ganancias del narcotraficante. Si son descubiertas por las autoridades estatales, el plan criminal está diseñado para que ‘el hilo se corte por lo más fino’. La connotación negativa y el peso que posee la palabra –mula– utilizada para referenciar a quienes transportan consigo el estupefaciente de otros no es casualidad. La cosificación que sufren las personas vulnerables que actúan como correo de droga comienza desde la palabra utilizada para describirlas. Dentro de la organización del narcotráfico, suelen ocupar los eslabones más bajos de la cadena, se encuentran en una relación de subordinación respecto de quienes ‘las cargan’ –por lo general, varones– y ‘les prometen’ dinero al finalizar el viaje (Gabriel Anitua y Valeria Alejandra Picco, ‘Género, drogas y sistema penal, estrategias de defensa en casos de mujeres ‘mulas’ en ‘Violencia de género, estrategias de litigio para la defensa de las mujeres’, MPD, pág. 226)”. “[D]e las circunstancias señaladas se deriva la existencia de un patrón común en la actividad de la organización criminal en cuestión, consistente en el aprovechamiento de la condición de vulnerabilidad de diversos individuos con el objeto de que estos actúen como correo/mula. En efecto, [la imputada] ha resultado una víctima de la referida organización, que la ha utilizado como el último eslabón de la cadena delictual”.

3. Trata de personas. Víctima. Vulnerabilidad. Violencia de género. Reglas de Brasilia.

“De las constancias reunidas, se observa la existencia de elementos característicos del delito de trata, a saber: vulnerabilidad de la víctima, traslado de su centro de pertenencia, encuentros con sus



tratantes en el aeropuerto y en el ámbito de esta ciudad –en oportunidad de serle asignado el alojamiento–, entrega de dinero para movilizarse, etc. [...]. En este punto, corresponde tener en consideración la situación personal de la imputada conforme las ‘Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad’ (Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia, marzo de 2008) a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 5/2009)...”. “En efecto, el aprovechamiento de las condiciones de vulnerabilidad constituye una modalidad frecuente de captación de personas para su explotación e incrementa las posibilidades de que una persona u organización se aproveche de la urgencia de aquéllas para resolver sus acuciantes necesidades abusando de dicha situación de vulnerabilidad y obtenga réditos económicos. [L]os conceptos de captación y de vulnerabilidad deben ser construidos sobre la base de una perspectiva de género, pues contribuye a evitar análisis abstractos ajenos a las circunstancias concretas y a las características precisas de los sujetos que interactúan con el sistema de justicia. En el marco descripto, abordando bajo esa mirada el análisis del caso concreto, la ponderación de las constancias reunidas en el expediente conduce a considerar que [la imputada] ha sido engañada a través de la constitución de un vínculo amoroso bajo una modalidad virtual que fue utilizado para su captación, aprovechamiento y explotación. Así, se observa como la organización dedicada al transporte de sustancias estupefacientes utiliza la situación de vulnerabilidad como un dispositivo para la captación de mujeres, siendo que la interrelación con los hechos de violencia vividos por [la acusada] a lo largo de su historia la ha sumergido en una trama que se enmarca dentro de una tipología de violencia de género propia de la narcocultura”.

4. Trata de personas. Víctima. Autodeterminación. Vulnerabilidad. Prueba. Informes. Apreciación de la prueba. Culpabilidad. “Sentado cuanto precede, teniendo en cuenta los informes acompañados en autos y analizadas las situaciones de precariedad, inestabilidad y fragilidad atravesada por [la acusada] –quien ha vivido en situación de vulnerabilidad durante gran parte de su vida– cabe concluir que nos encontramos ante una víctima del delito de trata de personas y no de autora del delito de contrabando de estupefacientes [...]. De lo expuesto, se sigue que el actuar de [la mujer] estuvo colonizado por su tratante, basado en su necesidad de alejarse del contexto en el que se hallaba inmersa. Tales

ARGENTINA



	<p>extremos excluyen su culpabilidad, ya que el Estado no puede formularle un reproche basado en la exigencia de un obrar distinto frente a la situación de coerción. Se trata de la inexigibilidad de otro comportamiento, y no de que su acto haya sido conforme a derecho. [...] En efecto, cabe tener en cuenta que existe un mandato internacional de no criminalizar las conductas de las víctimas de trata de personas, plasmado en el principio 7° de los Principios y las Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos [...]. Se ha sostenido, tanto sea para casos de contrabando como de transporte o alguna otra forma de tráfico de estupefacientes, que la persona que es objeto de una red de trata e inducida, condicionada u obligada a cometer un delito no debe recibir un reproche de culpabilidad, pues carece de autodeterminación y libertad para conducir sus acciones”.</p>
Fundamentos de derecho	<p>https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/3221 https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/3127 https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/2509</p>
Presentación de la defensa	<p>https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/4218</p>



Poder Judicial de la Nación

///nos Aires, 20 de marzo de 2023.

JUZGADO PENAL ECONOMICO 5
CPE 746/2022/2

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en la presente causa N° CPE 746/2022/2, caratulados “Actuaciones Complementarias de [REDACTED] en causa N° CPE 746/2022, caratulada N.N. sobre Infracción Ley 22.415”, del registro de la Secretaría N° 9, de este Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 5, a mi cargo, respecto de la situación procesal de [REDACTED] -de nacionalidad estadounidense, Pasaporte de los Estados Unidos de América Nro. [REDACTED], nacida el [REDACTED] en el [REDACTED], Estados Unidos de América, [REDACTED], domiciliada en [REDACTED], y domicilios constituidos electrónico en la C.U.I.T 20-17232610-3 y procesal en la sede de la Defensoría Pública Oficial N° 3 del fuero, sita en la Avenida 25 de Mayo N° 691, piso 5, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, actualmente detenida en la Unidad N° 31 del Servicio Penitenciario Federal-;

Y CONSIDERANDO:

1. La presente pesquisa tuvo su génesis en la nota adjunta al correo electrónico enviado por Guillermo González-DEA-Buenos Aires a la Policía de Seguridad Aeroportuaria, dando cuenta del ingreso al país de una ciudadana de origen sudafricano, identificada como [REDACTED]. Allí se menciona que la nombrada [REDACTED] se hospedaría en un hotel de esta ciudad y estaría actuando como correo/mula para una organización de tráfico de metanfetamina y cocaína; aguardando en aquél para tomar contacto con miembros de la organización y abandonar posteriormente el país transportando drogas.

En función de ello, habiéndose iniciado las actuaciones judiciales se dispuso la realización de discretas tareas de investigación. Como consecuencia de aquéllas, personal de la Unidad Operacional de Control del Narcotráfico y el Delito Complejo del Este de la Policía de Seguridad Aeroportuaria informó que “...el día 25 de agosto del corriente año, se recibió un e-mail, de AIRCOP, en el cual se nos anotició que la investigada [REDACTED], habría sido detenida en el aeropuerto de San Pablo,



la misma habría intentado transportar de manera disimulada dentro de un chaleco, sustancia estupefaciente, la cual al ser desmontada arrojó el peso de CINCO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS (5786) gramos...”. (cfr. el informe de fecha 9 de septiembre de 2022, elaborado en el marco del sumario 0006UC1/2022).

Con fecha 19 de octubre de 2022, la referida Unidad puso en conocimiento de este Tribunal que fue informada, mediante la aplicación “Whatsapp” por los canales de comunicación de esa Policía, que según fuentes de la *Drug Enforcement Administration* (D.E.A.) de los Estados Unidos de América el día 20 de octubre de 2022 arribaría al aeropuerto internacional Ministro Pistarini, la pasajera [REDACTED], de nacionalidad estadounidense, siendo que aquélla ingresaría al país a fin de proveerse de sustancia estupefaciente para su posterior traslado a otro destino. Al respecto, se informó que se trataría de una actividad similar a “mulas” anteriores, que llegaría a tomar contacto con la aludida organización dedicada al narcotráfico.

Mediante la nota de fecha 20 de octubre de 2022 se hizo saber el efectivo arribo de [REDACTED] al territorio nacional y que, según fuentes del referido organismo norteamericano “*la nombrada [REDACTED] estaría siendo utilizada como correo/mula para una organización de contrabando de drogas, organización aparentemente de origen nigeriano*”. Además, por aquella nota -en cuanto a la mencionada organización- la Policía de Seguridad Aeroportuaria señaló que “*... de acuerdo a nuestro conocimiento su actividad tiene relación con las anteriores detenciones del ciudadano americano identificado como [REDACTED] (Causa 610/2022...trámite ante el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 3...) y la de [REDACTED]...*”.

2. Del resultado de las tareas de investigación practicadas con motivo del arribo al territorio nacional de [REDACTED] (cfr. informe de la Unidad Operacional de Control del Narcotráfico y el Delito Complejo del Este, de la Policía de Seguridad Aeroportuaria, de fecha 20 de octubre de 2022) se pudo determinar que efectivamente la nombrada arribó al Aeropuerto Internacional de Ezeiza “Ministro Pistarini” a las

ARGENTINA



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO PENAL ECONOMICO 5
CPE 746/2022/2

05:02 horas del día 20 de octubre de 2022 en el vuelo N° VH299 de la empresa aerocomercial “Viva Air Colombia” procedente de los Estados Unidos de América con escala en Medellín-República de Colombia destino final Buenos Aires-República Argentina.

En otro orden, en el marco de las tareas de seguimiento efectuadas sobre [REDACTED] -durante su estadía en la República Argentina, previo a su detención- se pudo establecer que la nombrada, tras alojarse en dos hoteles diferentes de esta ciudad (Hotel “América del Sur” -sito en la calle Chacabuco N° 718- y Hotel Regis -sito en la calle Lavalle 813 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-), finalmente el día 21 de octubre de 2022, se dirigió hacia el Hotel Alcazar -sito en Avenida de Mayo 935, de esta ciudad-, determinándose que la investigada poseía reservas en el referido hospedaje por 4 días, ocupando la habitación “201”, pudiéndose corroborar que dicha reserva fue realizada por dos personas de tez oscura (cfr. informe de fecha 21 de octubre de 2022).

A su vez, se observó que la investigada -durante su estadía- realizó escasas salidas por corto tiempo por las inmediaciones de dicho hotel con la finalidad de realizar algunas compras en kioscos.

3. En el marco de las tareas, con fecha 25 de octubre de 2022, el personal policial interviniente advirtió que [REDACTED] abandonó el hotel en el cual se encontraba hospedada (Hotel Alcazar), abordando un taxi rumbo al Aeropuerto Internacional Ministro Pistarini -vía autopista-.

En virtud de ello, este Tribunal dispuso que se continúe con el seguimiento de la nombrada a efectos de tener conocimiento de sus próximos movimientos, corroborándose posteriormente que [REDACTED] arribó a la referida aeroestación y que poseía una reserva para el vuelo BA 246 (perteneciente a la aerolínea *British Airways*), por la cual la nombrada viajaría en la referida fecha, con horario de partida 11:55 horas, con destino final Londres-Reino Unido (aeropuerto *Heathrow*), previa escala en la ciudad de San Pablo-República Federativa de Brasil.

Así las cosas, y en función de las directivas ordenadas por el suscripto, el personal de la fuerza preventora procedió al control de rutina

ARGENTINA



sobre la nombrada y exhaustivo sobre su equipaje de mano a través de máquina de rayos X -arrojando resultado negativo-, sin impedir que aquella continúe con los respectivos trámites. Asimismo, en aquella ocasión, sometió a una inspección el equipaje despachado por [REDACTED] (con marbete “BA 678095”) a través de la máquina de rayos X, arrojando como resultado la presencia de materia orgánica por su densidad, y coloración anaranjada.

Ante tales circunstancias, se procedió, en presencia de testigos, a su apertura hallándose en su interior una bolsa de nylon color blanca conteniendo dos (2) potes de plástico con la inscripción dulce de leche de 1000G marca “Día”, dos (2) botellas de plástico color verde con la inscripción “Avon Care”-loción corporal de 1 litro, una (1) botella de plástico con la inscripción “Avon Care-Nutriplus” loción corporal de 1 litro, una (1) botella de plástico color negro con la inscripción “Bonmerique” y una (1) botella de plástico color blanco con la inscripción “St. Ives” de 532 ml.

A continuación, frente a la posibilidad de tratarse de un método de ocultamiento de estupefacientes -en presencia de los testigos convocados a tales efectos- el personal actuante procedió a la apertura de los potes de plástico con la inscripción dulce de leche de 1000 gr. marca “Día”, los cuales en su interior contenían una sustancia líquida amarillenta acondicionada en cuatro (4) envoltorios de nylon transparente en el interior de cada uno de los referidos potes. Con posterioridad, se procedió a realizar la prueba de campo con un PEN TEST – COCA TEST, arrojando como resultado una coloración turquesa, indicativo de positivo de clorhidrato de cocaína. Del mismo modo, se realizó la apertura de la totalidad de las botellas, encontrando en su interior una sustancia líquida, la que fue sometida a prueba de campo, utilizando un spray de detección de cocaína marca COCA TEST, arrojando como resultado una coloración turquesa, indicando posible positivo de clorhidrato de cocaína.

Posteriormente, se procedió al secuestro de la sustancia estupefaciente y del método de ocultamiento empleado. Cabe destacar que el pesaje de la sustancia secuestrada arrojó un peso de 7.636 gramos -incluido el método de ocultamiento- (cfr. acta de procedimiento labrada



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO PENAL ECONOMICO 5
CPE 746/2022/2

con fecha 25 de octubre de 2022 y vistas fotográficas tomadas en esa oportunidad).

Cabe mencionar, que al momento del procedimiento que derivara en la detención de [REDACTED], el suscripto dispuso que se efectúe un análisis preliminar del teléfono celular de la nombrada, observándose -entre otras cosas- como información de interés dentro de sus últimas comunicaciones a través de la aplicación *Whatsapp* una serie de mensajes intercambiados con el número telefónico [REDACTED], desconociéndose el nombre del contacto respectivo, toda vez que el mismo no se encontraba agendado (cfr. acta labrada el 25 de octubre de 2022 a las 19.00 horas y resolución de fecha 25 de octubre de 2022).

4. Cabe memorar que, en ocasión de prestar declaración indagatoria -en los términos del artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación- a [REDACTED] pho consistente “... *en el intento de extraer del territorio nacional, desde el Aeropuerto Internacional de Ezeiza Ministro Pistarini, con destino final a la ciudad de Londres, Reino Unido -vía San Pablo, República Federativa de Brasil-, sustancia estupefaciente (clorhidrato de cocaína) -ocultándola del control del servicio aduanero- en el interior de un bolso de color negro identificado con marbete BA 678095, disimulada en siete envases, a saber: dos (2) potes de plástico con la inscripción dulce de leche de 1000 gramos marca “Día”; dos (2) botellas de plástico color verde con la inscripción “Avon care - loción corporal” de un litro; una (1) botella de plástico con la inscripción “Avon care - Nutriplus - loción corporal de un litro”, una (1) botella de plástico color negro con la inscripción BONMETIQUE y una (1) botella de plástico color blanca con la inscripción “ST. IVES” de 532 ml. La cantidad de sustancia secuestrada -7.636 gramos, incluido el método de ocultamiento- hace presumir que la misma se encontraba destinada a la comercialización.” (cfr. acta de declaración indagatoria de fecha 27 de octubre de 2022).*

En este contexto, en función de las circunstancias de hecho y de derecho esbozadas en la resolución de fecha 9 de noviembre de 2022, los que se dan aquí por reproducidos a fin de evitar reiteraciones



innecesarias, este Tribunal resolvió: **“I.- DECRETAR EL PROCESAMIENTO** de [REDACTED], *cuyas demás condiciones personales se consignaron al inicio de la presente, por considerarla prima facie autora penalmente responsable (artículo 45 del Código Penal) del delito previsto por los artículos 864, inciso “d” y 866, segunda parte, segundo supuesto, del Código Aduanero (ley 22.415), en grado de tentativa (artículo 871 del citado cuerpo legal) en orden al hecho por el cual fuera indagada (artículo 306 del Código Procesal Penal de la Nación). **II.- TRANSFORMAR EN PRISIÓN PREVENTIVA** la detención dispuesta respecto de [REDACTED] (artículo 312, inciso 1, del Código Procesal Penal de la Nación). **III.- DISPONER EL EMBARGO SOBRE BIENES** de [REDACTED], *hasta cubrir la suma de ciento cincuenta millones pesos (\$ 150.000.000), a fin de garantizar las obligaciones pecuniarias emergentes del eventual dictado de una sentencia condenatoria en contra del imputado -costas y eventual multa- (artículos 518 del Código Procesal Penal de la Nación y 876 inciso “c” del Código Aduanero). A tal fin, deberá formarse el respectivo incidente.”*, dicho decisorio se encuentra firme.*

5. En otro orden, corresponde precisar que con posterioridad a la resolución de mérito adoptada respecto de [REDACTED], la nombrada -a través de su defensa técnica- solicitó ampliar su declaración indagatoria, en dos oportunidades.

En efecto, en ambas audiencias, [REDACTED] brindó explicaciones acerca de su historia personal, sus condiciones de vida y a las circunstancias que motivaron su viaje a la República Argentina, que culminara en su detención.

En el marco de la primera declaración indagatoria -en carácter ampliatorio-, este Tribunal procedió en presencia de [REDACTED] su defensa técnica y la traductora designada en autos, a la apertura y visualización del teléfono celular secuestrado al momento de su detención. Como consecuencia de ello, se visualizaron conversaciones en la aplicación de *WhatsApp* con el abonado [REDACTED], el cual [REDACTED] reconoció como el contacto que sería utilizado por una persona de nombre “Marcus



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO PENAL ECONOMICO 5
CPE 746/2022/2

█”, con quien la nombrada habría mantenido una relación amorosa a través de la referida aplicación de mensajería durante seis años, siendo un favor hacia aquél el motivo por el cual █ habría emprendido el viaje a la República Argentina.

En base a tales manifestaciones, con fecha 15 de noviembre de 2022, este Tribunal dispuso -a través de la Oficina de Análisis Informático Forense del Departamento de Inteligencia Criminal Aeroportuaria de la Policía de Seguridad Aeroportuaria- el copiado de los *chats* mantenidos por █, a través de la aplicación de *Whatsapp* -como así también a través de cualquier otra análoga- con el número telefónico █, los cuales, una vez obtenidos, fueron traducidos al idioma español por la perito traductora de idioma inglés interviniente en autos, █ (cfr. decreto de fecha 16 de diciembre de 2022.).

6. En este punto, ha de mencionarse que en función de las circunstancias relatadas por █, en cuanto a su historia personal y condiciones de vida, su defensa -a través de distintas profesionales en psicología, antropología y perspectiva de género- acompañó los informes confeccionados respecto de su asistida vinculados a su salud mental y condición social.

En este contexto, por las consideraciones volcadas en los referidos informes, el señor Defensor Oficial mediante la presentación de fecha 24 de febrero de 2023, instó el sobreseimiento █

En este sentido, sostuvo que “...la Sra. █ *careció absolutamente del dominio del hecho objetivamente típico de tentativa de contrabando de drogas que se le imputa. Ello, en razón, nada más y nada menos, de la condición de vulnerabilidad estructural que ha signado su vida desde la infancia, pero que [...] se ha cristalizado en la forma sostenida en el tiempo en el que mi pupila ha quedado enredada en la telaraña de la organización internacional que la ha manipulado durante años, para que finalmente hiciera el viaje que acabó en su detención [...] esa vulnerabilidad fue la que nubló su entendimiento y la llevó a creer a pie juntillas en todo lo que le decía y proponía su supuesto prometido*

ARGENTINA



'MARCUS [REDACTED]', que para ella solo tenía alcances emocionales y románticos [...] La entelequia llamada 'MARCUS [REDACTED]' no habría sido más que un artefacto construido por una organización delictiva transnacional, dedicada a captar personas especialmente vulnerables y frágiles emocionalmente, para ponerlas al servicio de sus fines espurios [...] Así, se construyó el personaje que la "cortejó" durante siete años, quien logró nublar su entendimiento y llevarla a la situación en la que ahora se encuentra en autos [...] Animada solo por el referido enamoramiento que prometía salvación, mi asistida no pudo darse cuenta, y en consecuencia no tuvo conocimiento, de los verdaderos alcances del viaje al Reino Unido vía Argentina en el que se la implicó. Concretamente, no supo cuál era el contenido de los frascos y envases que se le hizo cargar en su equipaje. Y en este punto pretendo llamar especialmente la atención de V.S. para enfatizar que la conducta de [REDACTED] no puede ser analizada según el entendimiento de cualquier otra persona con una trayectoria biográfica distinta de la de mi asistida, sino a la luz del contexto de vulnerabilidad del que ella ha sido víctima durante sus sesenta años de vida."

Continuando con sus consideraciones, expresó que dividió su exposición en dos partes. Por un lado, refirió que *"...salta a la vista, en función de la prueba colectada: [REDACTED] desconocía el contenido de los envases que le entregaron para llevar al Reino Unido. Es más, ella se enteró en Buenos Aires de que le entregarían unos efectos para llevar en su equipaje, sobre cuyo contenido se le mintió, puesto que se le dijo que se trataba de champú. Esa ignorancia excluyente del dolo la muestra como un instrumento digitado por la organización que la captó, detrás de la fachada de 'MARCUS', y no puede conducir más que a su impunidad."* Por otra parte, expresó que *"...en caso de que V.S. no compartiera la tesitura de la falta de dolo, debe considerarse que el contexto de vulnerabilidad y el desesperado apego de mi asistida a 'MARCUS' - a quien consideraba un salvador o un ser superior que la iba a proteger -, acreditado en la copiosa prueba agregada al expediente [...] dan cuenta de un contexto de exclusión de la culpabilidad. En efecto, a [REDACTED] no se*

ARGENTINA



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO PENAL ECONOMICO 5
CPE 746/2022/2

le podía exigir otra conducta distinta de obedecer todo lo que ‘MARCUS’ le indicara, puesto que estaba obsesionada y exclusivamente enfocada en encontrarse, después de siete años de vehementes deseos de hacerlo, con el hombre que ejercía sobre ella una fascinación tal que debe ser analizada – insisto– en función de su trayectoria vital y de su vulnerabilidad estructural. En esas condiciones, mal podría dirigírsele un juicio de reproche.”.

Al respecto, señaló que “...también en el análisis de este estadio dogmático del delito, se llega a la misma conclusión: [REDACTED] fue un instrumento no culpable dirigido inescrupulosamente por quienes se aprovecharon de su fragilidad emocional para cometer un delito que solo ellos tuvieron entre-manos. El dominio del hecho lo tuvieron quienes sometieron a quien de por sí le era inexigible otra conducta; en el caso por la vulnerabilidad extrema que la llevó a confiar ciegamente en un supuesto prometido. Mi asistida ignoraba los extremos determinantes y, concretamente, el sentido ilícito del acto que estaba llevando a cabo. Sea entonces que se entienda que [REDACTED] obró sin dolo o que mediaron a su respecto circunstancias excluyentes de la culpabilidad, es claro que todo conduce a su desvinculación del proceso por vía de un auto de sobreseimiento, lo que así solicito (art. 336, inc. 4º, del C.P.P.N.).”.

Sostuvo además que “...Mientras la organización, escudada en la fachada de ‘MARCUS’, movía los hilos para ejecutar, valiéndose de [REDACTED] como instrumento no doloso, un contrabando de droga; ésta se preparaba e iniciaba un viaje para encontrarse con el hombre del que estaba enamorada, en plan viaje romántico y en procura de un sostén emocional para su vida de soledad y desamparo y en pleno duelo (recuérdese que acaba de morir su madre, circunstancia que la había sumido en una tristeza extrema). No caben dudas de que este es un caso característico de autoría mediata, en el que el autor se vale de otro que obra en error de tipo [...] el error de [REDACTED] fue consubstancial a su decisión de viajar fuera de su país, toda vez que la travesía, en su verdadero sentido conforme el diseño de quien la ideó, jamás estuvo dirigida a los propósitos estrictamente personales que perseguía mi

ARGENTINA



defendida. Por más que ella haya decidido dejar su casa para ir al encuentro de 'MARCUS', en verdad no estaba haciendo lo que ella creía estar haciendo, puesto que la supradeterminación del suceso no estuvo nunca en sus manos, de modo que ella desconocía el sentido, el alcance y la propia materialidad (la presencia de estupefacientes en su equipaje) de su conducta.”.

Agregó que “...La falta de dolo de ██████ se encuentra plenamente acreditada a través de las conversaciones que obran en autos. En efecto, tal como he reseñado, dichos intercambios son elocuentes en señalar que mi defendida no tuvo el conocimiento ni la voluntad de transgredir la norma aduanera, porque se provocó en ella un error inevitable excluyendo el dolo. Se le hizo creer, durante años, que estaba embarcada en una relación de pareja, que la llevó a desarrollar un vínculo de tal confianza con 'MARCUS' que le resultó imposible vencer el estado de error e ignorancia en el que se la sumió.”.

Así pues, consideró que “...la Sra. ██████ no cometió el hecho de contrabando de estupefacientes que se le imputa, sino que fue un instrumento no doloso, incurso en error de tipo invencible, usado por quien tuvo en sus manos el sí y el cómo del desarrollo fáctico; es decir, el dominio del hecho. En consecuencia, debe revocarse su procesamiento y disponerse su sobreseimiento dado que el hecho investigado no fue cometido por ella (art. 336, inc. 4º, del C.P.P.N.).”.

En subsidio, planteó que su asistida fue utilizada como un instrumento que obró sin culpabilidad. En este sentido, manifestó que “Nada de lo que he dicho sobre la verificación en este caso de un supuesto de autoría mediata se vería modificado, en la hipótesis de que V.S. no compartiera la tesis que he sostenido en cuanto a la falta de dolo con la que actuó ██████. Su papel debería seguir siendo analizado como el de un instrumento digitado por 'MARCUS' o quienes estaban detrás ese nombre, pero esta vez no culpable. Es que el contexto de culpabilidad del que han dado cuenta los reportes técnicos -social, psicológicos y antropológico- agregados al legajo acabo socavando la capacidad de autodeterminación de mi pupila; minando su valoración de sí misma;



haciéndola naturalizar la violencia de la que siempre fue víctima, sobre todo en el marco de relaciones de pareja, y volviéndola dependiente de la protección masculina [...] Dadas sus particulares condiciones de vida y de desarrollo emocional, no le era exigible a [REDACTED] obrar de otro modo, sino que resulta excluida a su respecto toda posibilidad de reproche penal. Para la autoría mediata, no importa cuál es el grado de la influencia causal que tiene el autor mediato sobre el instrumento, sino lo que interesa es el defecto del instrumento. Cuando ese déficit excluye su propia responsabilidad, el que responde como autor mediato es el que lo manda.”.

Sostuvo que “Desafortunadamente, las condiciones de la Sra. [REDACTED] no le permitieron advertir a su debido tiempo la trama de mentiras de la que fue víctima; antes bien, sus características personales condujeron a creer sin chances de cuestionárselo el guion que la banda, a través de la figura de ‘MARCUS’, urdió para ella. El engaño y el abuso de su vulnerabilidad provocaron que [REDACTED] se viera completamente impedida de pensar o decidir libremente. Su voluntad, a los fines de este viaje, fue prácticamente anulada y sustituida por los designios de la entelequia ‘MARCUS’, sin que ella pudiera percibir nada anormal en su vínculo con él. Me remito a las consideraciones vertidas por la Lic. SINIGOJ en su reporte psicológico.”.

A su vez, agregó “...el contexto personal de [REDACTED] y el trabajo que sobre ella hizo, con tiempo y esmero, la organización derivaron en el absoluto sometimiento de su voluntad, al extremo de haberla dejado privada de autodeterminación para decidir el viaje y sus pormenores (recuérdese que, vía chat, se le daban órdenes sobre todo lo que tenía que hacer, que ella se limitaba a cumplir, sin cuestionar). Ese sojuzgamiento habla a las claras de que a mi asistida no se le habría podido exigir una conducta distinta a la que desplegó que, para ella, solo estaba orientada al encuentro, ansiado y postergado, con su enamorado, [REDACTED] fue completamente privada de su capacidad de autodeterminación, por dependencia psíquica, lo que la convirtió en un instrumento que obró sin libertad, por lo que no puede ser llamada a

ARGENTINA



responder por el hecho. Recuérdese que siempre debe mediar un vínculo personal entre el injusto y el autor. Ese ligamen se da en el estadio dogmático de la culpabilidad, que en el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor, que opera, como principal indicador del máximo de la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. El juicio de reproche debe estar basado, necesariamente, en el ámbito de la autodeterminación en el momento del hecho. De no existir autodeterminación posible la conducta conforme a derecho deviene inexigible.”.

En este sentido, concluyó “...aún cuando se estimara que mi defendida obró con dolo, su conducta deberá reputarse exculpada por la incapacidad de autodeterminación con la que obró y de la que se valieron los autores mediatos. En consecuencia, debería adoptarse a su respecto una resolución remisorio, en los términos del art. 336, inc. 5°, del C.P.P.”.

En otro orden, y sin perjuicio de lo expuesto precedentemente analizó el suceso que se le imputa a su pupila a la luz del artículo 5 de la Ley 26.364. En este sentido, señaló que “...sin perjuicio de lo expuesto en el punto que precede, considero que la colaboración que prestó mi asistida en el presunto hecho ilícito investigado en las presentes actuaciones fue efectuada bajo engaño y abuso de su condición de vulnerabilidad perpetuada por quien simuló tener una relación amorosa con ella, integrante de una organización dedicada al narcotráfico [...] debe ponderarse el engaño del que fue víctima mi asistida, en franco aprovechamiento de esa situación de vulnerabilidad. En este sentido, la confianza que ‘MARCUS’ le inspiraba en virtud del ardid llevado a cabo le impedía sospechar de su intención o rehusarse a realizar sus requerimientos...Por ese motivo, la responsabilidad de mi pupila no puede ser valorada de la misma manera que la de una persona libre de toda coacción que puede voluntariamente elegir si se somete o no a las normas.”.

Sostuvo que “En el caso que nos ocupa, es indudable que nos encontramos ante la existencia de una agrupación internacional dedicada al narcotráfico. En efecto, numerosas circunstancias que surgen de estos



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO PENAL ECONOMICO 5
CPE 746/2022/2

obrados, a saber: las sumas de dinero necesarias para concretar una operación de este calibre; la cantidad de años en los que 'Marcus' chateó con ██████ para engañarla para ganar su confianza; el número de personas involucradas en el despliegue de la maniobra (como mínimo, quien simulaba ser 'Marcus', otros cinco sujetos que prestaban funciones en Argentina, otro u otros individuos que recibirían la sustancia estupefaciente ya sea en Londres o en Escocia; entre otros posibles); la cantidad de droga incautada, etc. [...] estas organizaciones poseen un alto nivel de profesionalización, y desarrollan aptitudes y competencias tendientes a generar y mantener engaños exitosos. Se toman el tiempo de conocer a sus víctimas y tienen experiencia en lograr explotar sus vulnerabilidades a través del engaño. En el caso de mi defendida, éstas serían la fragilidad de su salud mental, su historia como víctima de violencia de género, la precariedad de sus vínculos interpersonales, entre otras cuestiones.”.

A su vez, puntualizó que “...las condiciones personales de la Sra. ██████ no le permitieron advertir a debido tiempo el ardid del que fue víctima...El engaño y abuso de la condición de vulnerabilidad generaron que ██████ se viera -de tal manera- sumamente afectada en su esfera de la libertad e impedida de pensar o decidir libremente.”.

Destacó que “...la figura de la trata de personas no exige privación absoluta de la libertad para su configuración. Por el contrario, lo que sí requiere es la restricción de la autodeterminación de la víctima; lo cual, como ya he explicado, se encuentra totalmente probado en el caso de la Sra. ██████. Por ello, no obsta a la aplicación de la excusa absolutoria el hecho de que mi defendida no tenía cercenada su libertad ambulatoria [...] en la presente causa se han colectado claras evidencias del poder coactivo del sujeto activo ('MARCUS') -es decir, los chats mantenidos entre mi asistida y su interlocutor- y de la consiguiente reducción de la libre determinación de la voluntad de ██████. Justamente por ello, la situación de la Sra. ██████ - en el peor de los casos - puede ser subsumida en la de víctima tratante y, por ende, debe ser dispensada de respuesta penal alguna por su accionar. En ese sentido, cabe recordar



que el artículo 5° de la ley 26.364 establece que las víctimas de trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Dicha normativa [...] es aplicable en forma directa a la Sra. [REDACTED] en virtud de haber obrado como consecuencia de su condición de víctima de la organización que integraba 'MARCUS' (entre otras personas), quien: 1) en primera instancia, la captó mediante el engaño de una relación amorosa y ganó su confianza; 2) luego, generó el prospecto de un viaje en el cual ella podría verlo después de siete años de vínculo, en un momento en el que necesitaba contención de su parte; y 3) una vez puesta en esa relación de inferioridad, comenzó a exigirle la realización de ciertos actos.”

En base a tales premisas, expresó que “...los actos realizados por la Sra. [REDACTED] a pedido de 'MARCUS' deben ser analizados en base a lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 26.364 y, como consecuencia de ello, entiendo que corresponde revocar la resolución objeto de la presente impugnación y dictar sobreseimiento de mi asistida.”

7. En este punto, corresponde efectuar una síntesis de los antecedentes familiares y laborales de [REDACTED] que surgen de los distintos informes confeccionados a su respecto; como así también, de las manifestaciones de aquélla en el marco de sus declaraciones indagatorias.

Así pues, en lo que aquí interesa, los contenidos de los diversos informes acompañados son contestes en cuanto a los antecedentes familiares y condiciones de vida de [REDACTED].

En cuanto a los antecedentes familiares, se desprende que [REDACTED] nació el [REDACTED], en el [REDACTED], Estados Unidos de América, en el seno de una familia humilde compuesta por su padre y su madre ([REDACTED] -ambos fallecidos-) y tres hermanos ([REDACTED]).

Respecto a su escolaridad, se destaca que completó el nivel secundario y que no continuó sus estudios universitarios debido a que, al culminar la escuela, quedó embarazada y debió dedicarse al cuidado de su primer hijo.



Así también, surge que la nombrada sufrió dos situaciones de abuso sexual con acceso carnal a lo largo de su vida. La primera cuando tenía 15 años, hecho que informó a su padre quien decidió no denunciar y resolver la situación sin involucrar a las autoridades. La segunda fue en su adultez (por parte de quien era su marido en ese momento) de la cual quedó embarazada de su última hija, y en esta oportunidad tampoco denunció dicha situación, ya que -conforme los dichos de [REDACTED]- se encontraban casados legalmente y no había manera de acreditar, en ese momento, el abuso sexual. Además, [REDACTED] explicó que, -con anterioridad a este hecho- había hecho una denuncia y que su esposo había sido liberado pagando una fianza.

Con relación a la situación laboral de [REDACTED], de los informes acompañados surge que ha tenido trabajos de baja categoría, habiendo sido empleada en comercios y que su último trabajo, antes de viajar a la República Argentina, era en UPS. Asimismo, de los relatos brindados por la imputada surge que en muchos periodos de su vida padeció problemas económicos del tenor de tener que vivir de la colaboración de su familia de origen y de la ayuda estatal -a través de subsidios- para poder afrontar el alquiler de la vivienda y criar a sus hijos. Recién cuando la menor del grupo comenzó a asistir a la escuela inicial, pudo insertarse al mercado laboral a través de agencias de empleo, realizando diversas tareas de baja calificación, cumpliendo media jornada laboral en locales comerciales, de forma de poder coordinar el trabajo remunerado con las tareas de cuidado de sus hijos/as.

Ahora bien, en cuanto a las relaciones de pareja, se destacó que [REDACTED] formó una primer relación, a los 18 años de edad, con [REDACTED] con quien estuvo casada durante 10 años, de cuya unión nacieron sus tres hijos ([REDACTED]). Se menciona en los informes que, desde los inicios de la relación [REDACTED] vivió situaciones de violencia verbal, psicológica, económica, física y sexual. Dichas situaciones, de violencia comenzaron durante el embarazo, al principio eran insultos y desvalorizaciones, y con el tiempo se dieron situaciones donde la escalada de la violencia llegó a golpes físicos e incluso abusos sexuales.

ARGENTINA



Además, se menciona que [REDACTED] durante su matrimonio tenía pocos trabajos y que el mayor ingreso de dinero lo generaba su esposo, quien manejaba el dinero y las finanzas. Por tal motivo, ella no tenía control ni posibilidad de decidir en qué gastar tales ingresos. Después del nacimiento de su segundo hijo, [REDACTED] logró separarse de su marido con ayuda de su hermana y fue a vivir a casa de sus padres y, en una visita de su esposo a sus hijos, éste abusó sexualmente de ella, quedando embarazada de su tercera hija. Ello, la obligó a volver con su marido, ya que no contaba con trabajo estable, ni posibilidad de mantener a sus dos hijos y al bebe que venía en camino. Sin embargo, la relación continuó siendo muy violenta y a los cinco años de su tercera hija, logró separarse definitivamente.

Al respecto, [REDACTED] describió el vínculo con el Sr. [REDACTED] como “abusivo” y dio cuenta de diversas formas en las que aquel ejercía violencia de género sobre ella; afirmó: *“Solía ahorcarme o golpearme contra la ventanilla del auto si yo decía algo incorrecto; varias veces me pegó. Todo empezó cuando nos casamos, me alejó de mi familia y hacía escenas de celos, a pesar de que era él quien tenía relaciones con otras personas. Yo hice denuncias, pero aunque lo llevaron detenido salió en libertad con el pago de una fianza”*. Agregó que, la única forma que encontró de finalizar el vínculo fue “escapando” con la ayuda de su hermana, quien estaba al tanto de los crecientes riesgos que corría en la convivencia con su marido y, que un día se presentó en su domicilio, en el horario en que él trabajaba, y la trasladó junto a sus hijos e hija a la casa de los progenitores de ambas.

Además, surge que años después de separada de su primer marido, [REDACTED] formó dos parejas amorosas, sin convivencia, y que conforme los dichos brindados en las distintas entrevistas por la nombrada, ambas fueron violentas y de pocos meses de duración. Es así que, de lo relatado en los informes se desprende que la última de estas relaciones duró seis meses, y que [REDACTED] tuvo que ser hospitalizada en dos oportunidades debido a las consecuencias de los golpes que le propinaba esta pareja.

ARGENTINA



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO PENAL ECONOMICO 5
CPE 746/2022/2

Con posterioridad, en el año 2002, ■■■■ comenzó una nueva relación con el ■■■■, con quien estuvo casada hasta el año 2017, habiendo sido una buena relación en la que no hubo violencia, destacándose que tenían una relación de afecto, respeto y contención. ■■■■ la caracterizó como una relación satisfactoria, en la que ambos adultos compartían las responsabilidades de producción y reproducción del hogar, asumiendo su pareja un activo rol en la crianza y acompañamiento de sus hijos/as. En cuanto a la disolución del vínculo con su segundo esposo, ■■■■ relató que después de 15 años de matrimonio, en el año 20■■■■ decidió unilateralmente terminar con la relación, de forma abrupta y sin motivo aparente, describiendo la nombrada esta circunstancia como un hecho devastador, siendo esta separación muy difícil para ella debido a que fue inesperada, estaba comprometida afectivamente, más aún porque ■■■■ se fue siete meses después de que falleciera su padre y además gran parte de la economía familiar era sostenida por él, razón por la cual luego de la separación se vio afectada su situación económica. Tras ello, se sintió devastada, sin poder levantarse de la cama.

Por otro lado, ■■■■ destacó dos acontecimientos que impactaron de manera traumática en su salud mental y equilibrio emocional. El primero de ellos, fue la detención de su hijo ■■■■ en el año 2005, que fue detenido por una situación de violencia doméstica contra su nieta. La nombrada recordó este periodo como de mucha angustia debido a la situación compleja que vivía la familia. El segundo, fue un incendio que sufrió en el que perdió todas las pertenencias que tenía en su hogar.

Estos acontecimientos y la ruptura de su matrimonio con ■■■■ impactaron gravemente en la salud mental de ■■■■. Al respecto, la nombrada dijo: *“Fueron muchas cosas juntas: primero se murió mi padre, después mi marido decide divorciarse sin que yo entienda bien qué pasó y por último mi hijo fue preso. Estaba muy deprimida, no podía salir de la cama salvo para ir al juzgado y a ver mis nietas en visitas asistidas; incluso perdí mi trabajo”*. Agregó que esta sucesión de hechos, con especial foco en el descubrimiento de que su hijo le había provocado serias

ARGENTINA



lesiones a su pequeña nieta, la sumieron en una profunda angustia que la afecta desde entonces.

En cuanto a su relación con Marcus ■■■■, ■■■■ señaló que hace unos cinco años, ante el complejo escenario vinculado a la violencia intrafamiliar que motivó el encarcelamiento de su hijo, su divorcio del señor ■■■■ el fallecimiento de su padre, que derivaron en un profundo malestar psíquico, halló especial contención en Marcus, un hombre que había conocido en el año 2015 cuando éste visitaba su ciudad de residencia, junto a su hijo. Relató que conversaban de cuestiones principalmente relacionadas con sus respectivas familias y posteriormente -a través de llamadas o mensajes- comenzaron a relacionarse como pareja. En cuanto a ello, evocó: *“Cuando mi marido me dejó, Marcus me contó que su esposa también lo había dejado solo con el hijo y fuimos construyendo una relación. Él fue mi refugio, yo estaba pasando momentos muy difíciles. Durante mucho tiempo no pudimos encontrarnos por su trabajo y ahora él se iba a jubilar y como murió mi madre y yo ya no tuve que cuidarla, me propuso tomarnos una semana en Escocia y volver a Estados Unidos para que finalmente estuviéramos juntos, yo solo quería compartir esa semana con él y arrancar una nueva etapa, juntos. Seguí sus indicaciones para mi primer viaje fuera de mi país porque lo amo y estoy muy mal, no entiendo”*.

■■■■ describió a Marcus como “un refugio” frente a los diferentes eventos que se encontraba atravesando en su vida personal. Relató que ninguna persona de su familia sabía que mantenía este contacto virtual y que estaba en pareja con él, debido a que no suele compartir con ellos situaciones de su vida privada. Aseguró que estaba profundamente involucrada emocionalmente con Marcus, y que la posibilidad de poder encontrarse tantos años después con él la ilusionaba mucho.

A su vez, se destaca que ■■■■ se encuentra atravesando sentimientos de profunda decepción, al sentirse defraudada en su confianza, lo cual derivó en la situación de detención que viene sufriendo en la actualidad.



En cuanto a su situación sanitaria, surge que [REDACTED] sufrió signo de sintomatología del espectro depresivo: angustia, insomnio, disminución de peso, falta de interés, apatía, y dificultades para llevar adelante actividades básicas de la vida cotidiana, permaneciendo algunas semanas en cama sin energía suficiente para ir a trabajar y muchas veces le ocasionó pérdida del empleo. Ante ello, [REDACTED] inició consultas con profesionales que le indicaron tratamiento con medicación psiquiátrica -según explicó, por un diagnóstico de depresión y ansiedad-, el que padece hasta la actualidad. Así también, completan su cuadro sanitario tres afecciones crónicas por las que también sigue tratamiento medicamentoso: artritis, asma y problemas en la glándula tiroides. Se desprende que a través de la cobertura médica que le otorga su empleo, recibe atención y medicación de forma gratuita.

8. A esta altura, cabe destacar las consideraciones más relevantes de los informes incorporados en estas actuaciones respecto de [REDACTED].

En primer lugar, ha de mencionarse el informe social elaborado por la Licenciada María Clara Santilli, integrante del Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad del Ministerio Público de la Defensa, que da cuenta de la situación socioambiental de [REDACTED] y de su particular vulnerabilidad por su condición de víctima de violencia de género. Puntualmente, en el referido informe se hace hincapié en los numerosos hechos de violencia psicológica, verbal y física que sufrió la nombrada, especialmente durante su primer matrimonio (cfr. informe acompañado con fecha 28 de noviembre de 2022).

Por su parte, la Licenciada Daiana Sinigoj, Psicóloga integrante del Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la Defensoría General de la Nación, destacó “...La Sra. [REDACTED] ha sido criada en un contexto socio cultural donde han primado los patrones de género tradicionales en los que la mujer en su totalidad y en especial su capacidad de autodeterminación queda supeditada a la figura del varón.”. A su vez, concluyó: “...Presenta un perfil psicológico asociado a la

ARGENTINA



vulnerabilidad psicosocial. Entre los indicadores más relevantes y condicionantes se destacan los abusos sexuales sufridos en su adolescencia y vida adulta, la violencia de género a la que estuvo expuesta en la mayoría de sus relaciones, la ausencia de red socioafectiva que, su condición de migrante, entre alguna de las que pueden mencionarse. Este perfil la expone a una marcada influenciabilidad y sugestionabilidad, situaciones que la tornan altamente vulnerable al contexto y posibilitan que se involucre en situaciones de riesgo sin tener la capacidad de valorar el entorno de un modo asertivo y ajustado [...] es importante considerar que la peritada no se encuentra identificada con patrones asociados al delito, ni presenta una modalidad conductual sistematizada en la transgresión.” (cfr. informe incorporado con fecha 28 de diciembre de 2022).

En otro orden, el Licenciado Carlos Carini, Perito Psicólogo integrante del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en base a la entrevista mantenida con la imputada [REDACTED] señaló que “...la Sra. [REDACTED] presenta una personalidad que se encuentra adaptada a la realidad y sin emergencia de patología aguda ni crónica en curso. Sus facultades mentales se encuentran conservadas. Respecto a los puntos de pericia solicitados: a) Se encuentra en condiciones de estar a juicio [...] c) A lo largo de su vida ha podido adaptarse a las situaciones adversas y conservar con la ayuda de terceros su capacidad de autodeterminación. d) Su modalidad vincular es de dependencia emocional y económica. e) Del intercambio de mensajes/chats e/10.03.21 al 25.10.22, entre la Sra. [REDACTED] y el abonado [REDACTED], puede mencionarse: Se comparte la expuesto por la Traductora Pública del inglés, [REDACTED], en su Pericia Documental idiomática, en cuanto a la impresión que, el abonado [REDACTED] bien podría haber sido operado por diferentes personas o que no es una única persona la que intercambia los mensajes. Del estado psicológico de la Sra. [REDACTED] se constata: -dependencia económica y emocional y se advierte que es instruida acerca de cómo actuar, - no se constata una oposición activa de la misma a tales indicaciones, - no conoce el idioma ni el manejo



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO PENAL ECONOMICO 5
CPE 746/2022/2

*del dinero en Argentina, si el interlocutor. **Presenta características de personalidad compatible con aquellas personas que podrían ser captadas, influenciadas, sugestionadas y dominadas por terceros.** No surge de tales intercambios signos de estar cursando una descompensación psíquica ni alteraciones cognitivas ni emocionales que le hayan impedido comprender y dirigir sus acciones. Reporta malestar anímico ante la incertidumbre con expresiones de estar sintiendo ansiedad-depresión, y encontrarse sin medicación desde que salió de Miami.” -el destacado es de la presente- (cfr. informe incorporado con fecha 9 de enero de 2023).*

En este contexto, reviste especial relevancia el informe antropológico elaborado por la Licenciada Paula Mariana Reiter, basado en las estructuras y funcionamiento de las organizaciones dedicadas al tráfico de estupefacientes, el análisis de la historia de vida de [REDACTED] y el engaño sobre el mecanismo de captación de mujeres en redes de comercialización y tráfico de estupefacientes acompañado con fecha 8 de febrero de 2023.

En lo sustancial, destacó que “...*se puede observar que la asistida se encuentra en un contexto de violencia estructural al haber vivido episodios de extrema violencia y encontrarse, actualmente, privada de su libertad en el país, lejos de sus lazos familiares. De este modo, la vulnerabilidad presenta diversas aristas: por la desigualdad de género, clase, edad y por la estructura jerárquica y patriarcal de las organizaciones de la narcocultura.*”.

La citada profesional consideró que “Como se pudo observar en el caso de la Sra. [REDACTED], la legitimación de la masculinidad a través de la violencia se dio a través de un proceso transicional que parte del sexismo automático, en tanto mecanismo que crea formas de discriminación en todos los ámbitos y es el modo más ‘difícil de defenderse pues opera sin nombrar.’ Luego derivó en diversos formas de violencia psicológica, aquella que adquiere un cariz cotidiano y se compone en aquellos ‘[m]ecanismos legitimados por la costumbre para garantizar el mantenimiento de los estatus relativos entre los términos de género.’ En este contexto, la violencia psicológica ejercida fue el mecanismo

ARGENTINA



primordial y más eficaz mediante el cual su ex pareja logró coartar su libertad. El uso del ejercicio de la violencia física por parte del Sr. [REDACTED] [REDACTED] (padre de sus hijos) y los subsiguientes vínculos sexoafectivos [REDACTED] ha sido un dispositivo para el mantenimiento su dominación que funcionó '[a] través de registros emocionales y psicológicos.' Como señala Pain: '[l]as mujeres sobrevivientes muestran niveles (...) de trastorno de estrés postraumático (TPT) y altos niveles de depresión, ansiedad y pensamientos suicidas.'".

Agregó que "...el habitus de la asistida -esto es, la capacidad que ella contaba para poder salir del círculo de violencia en el que se encontraba- estaba totalmente circunscripta por el contexto de violencia en el que se encontraba. El temor producto de la violencia de género sumado a la separación con el Sr. [REDACTED] (único vínculo no violento), el deceso de su padre, el conflicto familiar de su hijo [REDACTED] y su situación económica colocaron a la Sra. [REDACTED] en un contexto de vulnerabilidad, que será propicio para su captación a una organización dedicada al tráfico de estupefacientes.".

*Al respecto, sostuvo que "Las organizaciones dedicadas al tráfico de estupefacientes operan como un dispositivo de poder sexogenérico, que a través de su accionar instaura a los sujetos que captan a '[u]n régimen discursivo y de operaciones materiales que contribuyen de manera decisiva a su subjetivación y a su sujeción a dicho régimen de poder.' Así, estas organizaciones construyen sujetos ideales para su accionar a través de diversos mecanismos. **En el caso de la Sra. [REDACTED], se pudo observar que el engaño a través de la constitución de un vínculo virtual basado en el amor romántico fue la modalidad utilizada para su captación e instrumentalización.** En este sentido Longo plantea que '[l]a abnegación en desmedro de una misma está, asimismo, estrechamente ligada a la emergencia de relaciones de poder, dominación y desigualdad en el marco de la pareja heterosexual. **En este sentido, puede que al privilegiar el vínculo amoroso por sobre otras formas sociales del afecto, las mujeres pierdan espacios de intimidad personal (...), que sus redes de sociabilidad se encojan y debiliten, y que estos desequilibrios conduzcan***



finalmente a situaciones de violencia graves.’ De este modo, como sugiere Torres Angarita el amor romántico ‘[t]iene una influencia en las operaciones del tráfico de drogas y, más específicamente, en la manera que las mujeres se están insertando en las mismas.’”.

Así, concluyó que **“Habiendo comprendido desde un análisis antropológico los mecanismos que las organizaciones dedicadas al transporte de estupefacientes despliegan a través del género como un dispositivo sexo-genérico para la captación de mujeres y la interrelación con los hechos de violencia vividos por la Sra. [REDACTED] -que han afectado su autonomía colocándola en un contexto de desigualdad social- se puede concluir que la asistida se encuentra inmersa en una trama que se enmarca dentro de una tipología de violencia de género propia de la narcocultura. En efecto, se concluye que las diversas situaciones que debió enfrentar, no deben comprenderse como un suceso desvinculado del espiral de hostigamiento, violencia psicológica y violencia física al que estuvo sometida y que la hicieron una víctima idónea para las organizaciones que se dedican al transporte de estupefacientes. Esta situación hace que la Sra. [REDACTED] se encuentre en un contexto de **violencia estructural** -entendida como el corolario de la relación inversamente proporcional entre la agencia del sujeto y la opresión que debe resistir, tanto material como simbólica- que se han agravado por estar en conflicto con la ley penal y por la privación de su libertad en un país extranjero lejos de sus vínculos familiares.”** (lo destacado corresponde a su texto original).

Finalmente, en el informe elaborado por la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, aportado con fecha 24 de febrero de 2023, se destaca que **“...en el caso de la Sra. [REDACTED], deberían valorarse por un lado, los mensajes que fueron traducidos, donde quedó indicado cómo el Sr. [REDACTED] (o quien se hacía pasar por él), le fue ordenando cómo tenía que guardar los pots de shampoo y cremas sin que ella conociera su contenido ilícito. Por otra parte, también debería considerarse que esta situación de engaño es concordante con un fenómeno identificado por estudios especializados. Éstos señalan que**

ARGENTINA



‘algunas mujeres son inducidas a transportar regalos u objetos que sin saberlo contienen drogas camufladas’; y en otros casos, ‘además del encubrimiento de información, entran en juego otros elementos, como el uso de las relaciones amorosas como vehículo de engaño’.”.

Seguidamente, se menciona “...en los casos de mujeres involucradas en delitos de drogas en el marco de relaciones sentimentales, aparece como central la conceptualización del “problema de la novia” o “la mujer de las circunstancias”, que alude a la situación de las mujeres criminalizadas como consecuencia de las actividades ilícitas llevadas a cabo por hombres con los que se relacionan. Los estudios sobre jurisprudencia que incorporan este concepto indican que las reglas de autoría y participación impactan sobre las mujeres con una intensidad que no tiene en cuenta el contacto mínimo que tienen con el mundo criminal. Adicionalmente, considerar las relaciones de pareja en el marco de estas imputaciones, permite indagar acerca de la existencia de violencia de género u otras formas de dominación/subordinación que incidan en la participación de las mujeres en el delito, tal como ocurre en el presente caso.”.

Por otro lado, en punto a la situación de vulnerabilidad de ■■■■, se sostuvo que “La vulnerabilidad refiere a los riesgos externos a los que puede estar expuesta una persona o un grupo, y también a la falta de recursos de las personas para enfrentar esos riesgos, sin estar sometidas a ciertas pérdidas. La forma en que las personas experimentan la interacción de todos los factores sociales, culturales, económicos y políticos negativos es un proceso complejo que depende de las capacidades que tiene la persona en función de los recursos con los que cuenta en un contexto determinado [...] En materia de ‘mujeres mulas’, la valoración de la vulnerabilidad es relevante porque es el contexto en el que la infracción a la ley de drogas cobra sentido. Muchas mujeres que incursionan en delitos de drogas suelen ser víctimas de profundas situaciones de pobreza y vulnerabilidad, así como de la falta de escrúpulos de quienes se aprovechan de tales situaciones sin costo para sí. Por otra parte, determinar la existencia de vulnerabilidad puede ser un indicador



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO PENAL ECONOMICO 5
CPE 746/2022/2

decisivo para identificar a las víctimas de trata y una evaluación precisa de la vulnerabilidad puede ayudar a garantizar que se dé el apoyo y la protección adecuados [...] 'la base de las organizaciones criminales suele estar integrada por agentes fungibles, fácilmente reemplazables sin que ello comprometa la subsistencia de la empresa. Son los trabajos más rústicos y menos remunerados dentro de la división de tareas. Al mismo tiempo, son los más riesgosos. Particularmente, el transporte de estupefacientes bajo la modalidad conocida como 'mulas' se vale de sujetos dispuestos a poner en riesgo su vida y libertad por muy poco dinero en comparación con las ganancias del narcotraficante. Si son descubiertos por las autoridades estatales, el plan criminal está diseñado para que 'el hilo se corte por lo más fino'. El modo en que fue captada la Sra. [REDACTED] la muestra como 'un sujeto fungible' en la organización criminal, circunstancia aprovechada por los que la superaban en jerarquía.'.

9. En orden a las consideraciones efectuadas por la defensa de [REDACTED] en base a las cuales instó el sobreseimiento de su asistida y en virtud del contenido los diversos informes incorporados en autos respecto de la nombrada, se corrió vista al señor representante del Ministerio Público Fiscal.

En razón de ello, el doctor Pablo Turano, interinamente a cargo de la Fiscalía N° 4 del fuero, solicitó que "...b) se haga lugar a la petición de la defensa, disponiendo el sobreseimiento de [REDACTED]; c) se continúe la investigación con el objeto de verificar la intervención de terceras personas en los hechos.".

Fundó su decisión, manifestando que "...no caben dudas del estado vulnerable e influenciable en que se encontraba la Sra. [REDACTED]. Ello, conjugado con la confianza construida durante siete años de relación y sumadas a la ilusión alegada en poder reencontrarse con quien generó un vínculo afectivo, fueron extremos utilizados por 'MARCUS' para propiciar el engaño e inducir a la imputada a realizar el viaje a Argentina a recoger unos supuestos 'documentos', pero con el único propósito de servirse de ella como medio de transporte de la sustancia estupefaciente. A

ARGENTINA



su vez, queda claro que la única razón que motivó a la **Sra. [REDACTED]** a emprender el viaje a Argentina, fue considerar a la travesía como un favor hacia 'MARCUS'".

Además, expuso que "...la prueba obrante en el expediente, en particular los mensajes detectados en el teléfono secuestrado, permiten corroborar aquellas conclusiones a las que arribaron los profesionales de la salud en sus informes, en cuanto a su grado de vulnerabilidad sobre el cual se montó el engaño del que fuera víctima. Esta coyuntura le impidió representarse el alcance de su intervención material y el verdadero motivo del viaje a la ciudad de Buenos Aires, así como también, sospechar del real contenido de los envases de champú que transportaba en su valija toda vez que los recibió convencida de hacer un favor a 'MARCUS'".

Así pues, señaló "...tenemos que tener presente que los hechos del caso configurarían, al menos objetivamente, el modelo de acción previsto por los artículos 864 inc. d), 866 segundo párrafo y 871 del Código Aduanero. Ello así, porque se ha verificado el intento de extraer del país, de manera oculta al servicio aduanero, material estupefaciente que, por su cantidad, estaba destinado a su comercialización. Sin embargo, lo expresado por el punto anterior, lleva a descartar la existencia de los aspectos cognitivos y volitivos que exigen el dolo en el actuar de la **Sra. [REDACTED]**, respecto de la realización de aquella conducta. Su actuar no puede evaluarse sin tomar en consideración el desconocimiento que tuvo de los hechos investigados, con un obrar condicionado por el engaño que 'MARCUS' desplegó sobre ella en abuso de su estado de vulnerabilidad, lo cual torna en atípica su conducta por ausencia de dolo" (cfr. dictamen de fecha 7 de marzo de 2023).

10. Sentado lo expuesto, a la luz del relevamiento de los nuevos elementos incorporados en autos y en orden al sobreseimiento postulado por la defensa técnica de [REDACTED], corresponde -a criterio del suscripto- efectuar un nuevo análisis de la conducta llevada a cabo por la nombrada.

En primer lugar, en cuanto a la tesis de la falta de dolo en la conducta de [REDACTED], corresponde precisar que discrepo con las



consideraciones efectuadas tanto por la defensa técnica de la nombrada, como por el señor representante del Ministerio Público Fiscal.

Al respecto, he de mencionar que conforme lo expresado por este Tribunal en la resolución de mérito de fecha 9 de noviembre de 2022, en virtud del modo de ocultamiento de la sustancia estupefaciente hallada en los diferentes envases de plástico acondicionados en el interior del bolso despachado a bodega por [REDACTED] y de las demás circunstancias allí señaladas, se encuentra debidamente acreditado en estos actuados el conocimiento que tenía aquélla en cuanto a la ilicitud del contenido de los referidos envases, los cuales intentaba extraer del territorio nacional desde el Aeropuerto Internacional de Ezeiza hacia la ciudad de Londres-Reino Unido.

Así pues, de la lectura de las constancias incorporadas en autos se advierte la existencia de un injusto penal, consistente en el contrabando -en grado de tentativa- de 6816 gramos de clorhidrato de cocaína (cfr. informe pericial N° 110.212 incorporado con fecha 23/11/2022). En tal sentido, se advierte que [REDACTED] intentó exportar, casi 7 kilos de cocaína, circunstancia que la nombrada conocía y hacia allí dirigió su voluntad.

En efecto, [REDACTED] tuvo bajo su dirección el dominio del suceso hacia una finalidad determinada (egresar del país la sustancia estupefaciente oculta en el interior de su equipaje), estando a su alcance la posibilidad de decidir sobre la consumación o el desistimiento del delito.

11. Ahora bien, las constancias incorporadas a la causa dejan entrever que la maniobra ilícita investigada trasciende a la imputada y que nos encontramos ante una organización más sofisticada dedicada al tráfico y contrabando de sustancias estupefacientes.

En efecto, del teléfono que le fuera secuestrado a [REDACTED] se pudieron observar las comunicaciones mantenidas a través de la aplicación de *Whatsapp* con el número extranjero [REDACTED] que sería utilizado por “Marcus [REDACTED]”. Las mismas dan cuenta de una serie de directivas e instrucciones que su interlocutor le daba a la imputada en torno a las condiciones en que realizaría el viaje a la Argentina. Nótese al

ARGENTINA



respecto que “Marcus” le indicaba a [REDACTED], de manera precisa, en que horario debía partir rumbo al aeropuerto e insistía con que lo hiciera con bastante tiempo de anticipación. Del mismo modo le requirió que viajara con pocas pertenencias; le solicitó que le envíe fotos de ella -cuando subió al avión en la ciudad de Miami y en oportunidad de arribar en el Aeropuerto de Ezeiza-, de su bolso con los “regalos” que le fueran entregados para que lleve al Reino Unido; y le consultaba acerca del porcentaje de carga de batería de su teléfono móvil.

Las circunstancias relatadas, sumadas a las pruebas que se han ido incorporando a la causa principal con motivo de las tareas de investigación en curso, conducen a evaluar la posibilidad de que [REDACTED] haya sido víctima de explotación por parte de la referida organización.

En este contexto, el análisis aludido deberá ser realizado con un enfoque integrador que aborde el caso con perspectiva de género pues, no es posible concebir un derecho penal moderno sin contemplar el derecho de las víctimas, dado que ello implicaría caer en una mirada sesgada, carente de perspectiva de género y propia de las estructuras ya superadas que rigieron y aún persisten en el Derecho Penal.

Las argumentaciones vertidas por la defensa de [REDACTED], con sustento en los informes confeccionados respecto de su ahijada procesal, tienden a demostrar que el contexto de vulnerabilidad estructural que ha signado la vida de la nombrada, fue socavando su capacidad de autodeterminación, circunstancia que habría impedido que pueda adecuar su comportamiento a la norma. Sobre tales premisas, la defensa técnica sostuvo que las condiciones personales de su asistida no le permitieron advertir, a su debido tiempo, la trama de mentiras de la que fue víctima.

En el caso, los distintos informes y los relatos vertidos por [REDACTED] indican que la nombrada ha sufrido durante su vida violencia de género por el padecimiento de abusos sexuales -tanto en su adolescencia como en su adultez-, maltratos, amenazas y trato violentos en general en forma sostenida y crónica por parte de su primer marido -padre de sus hijos-; como así también, de parejas posteriores. Ello, conduce a



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO PENAL ECONOMICO 5
CPE 746/2022/2

sostener que todas estas circunstancias habrían permitido que la organización criminal investigada, mediante la actuación de un supuesto prometido “Marcus [REDACTED]” -a través de la idea romántica de emprender una vida juntos- poco a poco fuera ganando la confianza de [REDACTED] hasta anular su entendimiento y llevarla a la situación de detención en la que se encuentra en la actualidad.

En esta línea, los nuevos elementos probatorios obrantes en la causa permiten afirmar que su conducta no fue el resultado del libre ejercicio del ámbito de autodeterminación en la toma de decisiones para actuar conforme a derecho, producto de los efectos nocivos que la violencia de género a la que estuvo sometida [REDACTED], ocasionó en su capacidad física y psicológica de actuar.

12. En esta línea repárase en que en los delitos de contrabando de sustancia estupefaciente bajo la modalidad de “mula”, como el que aquí se investiga, se advierte la existencia de una situación de explotación o aprovechamiento de la vulnerabilidad de la mujer que puede constituir en una captación de la voluntad o en alguna de las conductas típicas del delito de trata de personas.

Así, las mujeres captadas para operar como “mulas” son expuestas a la asunción de los riesgos de ser descubiertas en pleno despliegue de actividad ilegal, así como a los peligros propios del respectivo *modus operandi* de la maniobra, mientras que los victimarios que pueden encontrarse detrás, en mandos superiores de la cadena de tráfico o eslabones de mayor jerarquía del crimen organizado, eluden tales situaciones, someten a las mujeres, en muchas circunstancias, a diversas formas de explotación, aprovechándose de su situación de vulnerabilidad.

La base de las organizaciones criminales suele estar integrada por agentes fungibles, fácilmente reemplazables para evitar que su pérdida comprometa la subsistencia de la empresa. Son los trabajos más rústicos y menos remunerados dentro de la división de tareas, y al mismo tiempo, los más riesgosos. Particularmente el transporte de estupefacientes bajo la modalidad conocida como “mulas” se vale de personas dispuestas a poner en riesgo su vida y libertad por muy poco dinero en comparación con las

ARGENTINA



ganancias del narcotraficante. Si son descubiertas por las autoridades estatales, el plan criminal está diseñado para que “el hilo se corte por lo más fino”.

La connotación negativa y el peso que posee la palabra -mula- utilizada para referenciar a quienes transportan consigo el estupefaciente de otros no es casualidad. La cosificación que sufren las personas vulnerables que actúan como correo de droga comienza desde la palabra utilizada para describirlas. Dentro de la organización del narcotráfico, suelen ocupar los eslabones más bajos de la cadena, se encuentran en una relación de subordinación respecto de quienes “las cargan” -por lo general, varones- y “les prometen” dinero al finalizar el viaje (Gabriel Anitua y Valeria Alejandra Picco, “Género, drogas y sistema penal, estrategias de defensa en casos de mujeres ‘mulas’ en “Violencia de género, estrategias de litigio para la defensa de las mujeres”, MPD, pag 226).

Con el avance de la investigación se ha logrado determinar que nos hallamos ante la existencia de una agrupación internacional dedicada al narcotráfico. Tal afirmación encuentra sustento en las circunstancias que han sido corroboradas por el personal policial actuante en las tareas encomendadas en el marco de los autos principales. En este sentido, puede mencionarse a modo de ejemplo la elevada suma de dinero que se requiere para concretar una operación de esta índole, la cantidad de personas involucradas en las gestiones que resultan necesarias para lograr su éxito (como mínimo, en este caso, quien simulaba ser “Marcus”, otros cinco sujetos que operaron en Argentina, otro u otros individuos que recibirían la sustancia estupefaciente ya sea en Londres o en Escocia), la infraestructura montada no sólo sobre el territorio nacional sino también en el extranjero (destácase que tanto las personas que operan como “mulas” como los lugares de destino de la sustancia estupefaciente se corresponden a países de distintos continentes), el tiempo invertido para lograr la captación de quienes efectuaran el traslado de la sustancia ilícita (en el caso de ■■■■■, transcurrieron aproximadamente siete años durante los cuales mediante comunicaciones, “Marcus” logró engañarla para ganar su confianza) y la cantidad de droga incautada, entre otros factores.



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO PENAL ECONOMICO 5
CPE 746/2022/2

Refuerza lo apuntado la manera en que se originaron las actuaciones, concretamente a partir de la información brindada por Guillermo González, integrante de la Drug Enforcement Administration (DEA), en el marco de la cual se hace referencia a una persona de nacionalidad sudafricana, que actuaría como “correo” o “mula” para una organización de tráfico de metanfetamina y cocaína. A su vez, con el devenir de la investigación se pudo establecer que la referida organización sería aparentemente de origen nigeriano y que tendría relación con las detenciones del ciudadano americano como [REDACTED] (Causa CPE 610/2022 del registro del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 3) y la de ciudadana sudafricana [REDACTED] (en la ciudad de San Pablo, República Federativa de Brasil).

En orden al nombrado [REDACTED], debe mencionarse que éste fue sobreseído por el Juzgado N° 3 del fuero en orden al delito de tentativa de contrabando de estupefacientes. Ello en los términos del inciso 1° del artículo 34 del Código Penal, por haberse acreditado que [REDACTED] padece de un trastorno mental.

Así, de las circunstancias señaladas se deriva la existencia de un patrón común en la actividad de la organización criminal en cuestión, consistente en el aprovechamiento de la condición de vulnerabilidad de diversos individuos con el objeto de que estos actúen como correo/mula. En efecto, [REDACTED] ha resultado una víctima de la referida organización, que la ha utilizado como el último eslabón de la cadena delictual.

13. Desde el enfoque antes aludido y en las condiciones actuales de la causa, asiste razón a la defensa técnica de [REDACTED] en cuanto entendió que los actos realizados por aquélla deben ser analizados a la luz del artículo 5 de la Ley 26.364.

Por el referido artículo se establece: *“No punibilidad. Las víctimas de trata de personas no son punibles por la aplicación de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco le serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara.”*.



Dicha norma fija como sus objetivos implementar medidas destinadas a prevenir y sancionar la trata de personas, asistir y proteger a sus víctimas.

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

Mediante la sanción de la Ley 26.364, el Estado argentino dio cumplimiento al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo). Este instrumento internacional se estructura en base a la prevención, represión y asistencia a las víctimas del delito de trata de personas.

Cabe resaltar, que el mencionado Protocolo de Palermo, establece que “...Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado...” (artículo 3 del citado instrumento). La enumeración de causales de explotación a la que alude el referido instrumento no es taxativa y solamente indica algunas de las formas de explotación más frecuentes en la actualidad.



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO PENAL ECONOMICO 5
CPE 746/2022/2

En la sociedad contemporánea, las mujeres y niñas son las más expuestas a formas sistemáticas de violencia y abusos de poder, que ponen en riesgo su salud física, psíquica y sexual. En este sentido, también preservando la integridad física y psíquica de las mujeres, adoptando políticas públicas para evitar la violencia contra éstas, la República Argentina ratificó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, aprobada en Belém do Pará, Brasil, en vigor desde 1995.

Esta Convención Interamericana aporta mecanismos para la eliminación de la violencia de género, definiendo en su artículo 1 como “...cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado...”. El artículo 2, del Capítulo I, de la referida Convención, define que se entenderá violencia contra la mujer toda aquella que, entre otras, “...tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y [...] sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.”.

Trasladado lo expuesto al caso bajo examen se advierte que la organización criminal utilizó a la nombrada para transportar sustancia estupefaciente, ideando una trama amorosa que hizo creer a [REDACTED] que estaba embarcada en una relación de pareja, que la llevó a desarrollar un vínculo de tal confianza con “Marcus” como para emprender un viaje, en plan romántico y en procura de un sostén emocional para su vida de soledad, de desamparo y en pleno duelo (recuérdese que acababa de morir su madre, circunstancia que la sumió en una profunda tristeza). Así, el contexto de vulnerabilidad en el que se hallaba inmersa [REDACTED] fue aprovechado por los sujetos activos para su captación y lograr transportarla luego a otro país, lejos de sus lazos familiares.

De las constancias reunidas, se observa la existencia de elementos característicos del delito de trata, a saber: vulnerabilidad de la



víctima, traslado de su centro de pertenencia, encuentros con sus tratantes en el aeropuerto y en el ámbito de esta ciudad -en oportunidad de serle asignado el alojamiento-, entrega de dinero para movilizarse, etc.

En este punto, corresponde tener en consideración la situación personal de la imputada conforme las “Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” (Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia, marzo de 2008) a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 5/2009). En efecto, se estableció que *“...se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico [...] Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”* (Capítulo 1, sección segunda).

En el suceso bajo examen, como ya se mencionara, existen indicadores que dan cuenta de tal situación de vulnerabilidad, tales como: la dificultad de [REDACTED] para lograr su sustento económico, el desarrollo en las distintas facetas de su vida, los abusos sexuales -sufridos en su adolescencia y su primer matrimonio- y la violencia tanto psicológica como física a la que fue sometida, el encarcelamiento de uno de sus hijos por violencia contra una de sus nietas, el fallecimiento de su madre, circunstancias -entre otras- que, a criterio del suscripto, influyeron en su decisión de someterse o ser sometida a la clase de tareas que constituyen el eje de la explotación.

En efecto, el aprovechamiento de las condiciones de vulnerabilidad constituye una modalidad frecuente de captación de personas para su explotación e incrementa las posibilidades de que una



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO PENAL ECONOMICO 5
CPE 746/2022/2

persona u organización se aproveche de la urgencia de aquéllas para resolver sus acuciantes necesidades abusando de dicha situación de vulnerabilidad y obtenga réditos económicos.

Cabe señalar, que en el delito de trata de personas la captación consiste en hacerse de la voluntad y predisposición de una persona para luego someterla a sus finalidades.

En este sentido, la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo “...para la configuración del delito de trata de personas no es necesario acreditar el uso de medios engañosos o violentos ni la total pérdida de autodeterminación del sujeto pasivo, siendo únicamente necesario que las acciones del sujeto activo interfieran esa capacidad de autodeterminación. Esta restricción a la libertad psíquica del sujeto pasivo puede darse sin necesidad que simultáneamente se restrinja la libertad física.” (C.F.C.P, Sala I, 18/10/2018 “M.H.L.S.” causa 7158/2016, reg. 1103/18-voto del doctor Gustavo Hornos-).

En esta línea, los conceptos de captación y de vulnerabilidad deben ser construidos sobre la base de una perspectiva de género, pues contribuye a evitar análisis abstractos ajenos a las circunstancias concretas y a las características precisas de los sujetos que interactúan con el sistema de justicia.

En el marco descripto, abordando bajo esa mirada el análisis del caso concreto, la ponderación de las constancias reunidas en el expediente conducen a considerar que [REDACTED] ha sido engañada a través de la constitución de un vínculo amoroso bajo una modalidad virtual que fue utilizado para su captación, aprovechamiento y explotación. Así, se observa como la organización dedicada al transporte de sustancias estupefacientes utiliza la situación de vulnerabilidad como un dispositivo para la captación de mujeres, siendo que la interrelación con los hechos de violencia vividos por [REDACTED] a lo largo de su historia la ha sumergido en una trama que se enmarca dentro de una tipología de violencia de género propia de la narcocultura.

Se aprecia entonces un contexto de vulnerabilidad que habría sido aprovechado por los integrantes de la organización criminal



investigada en autos para captar a ■■■■, basado en la fragilidad emocional de la nombrada, que la habría llevado a confiar ciegamente en quien actuara como su prometido.

Aquí, resulta relevante destacar el trabajo de convencimiento utilizado por la organización sobre ■■■■ bajo la entelequia llamada “Marcus ■■■■”, con el objetivo de obtener su aceptación para realizar el viaje, valiéndose de la situación emocional, familiar y económica por la que estaba atravesando la nombrada, logrando de esta forma ponerla al servicio de sus fines espurios.

En este orden, cabe mencionar que los traslados y el desconocimiento de su itinerario suele ser una estrategia para coartar la libertad y autonomía de las personas; extremo común que en este tipo de redes se omite información. Así, ■■■■ se habría enterado cerca de la fecha de su viaje el itinerario de vuelo que tenía por delante, desconocía que haría escala en la República de Colombia, no sabía que persona la recogería en el Aeropuerto Internacional Ministro Pistarini y tampoco estaba al tanto del hotel en el cual se hospedaría en la ciudad de Buenos Aires, habiendo sido trasladada de hotel en varias oportunidades. Ello, destaca la asimetría de poder y autoridad que existiría entre quienes poseían la sustancia estupefaciente, decidían y organizaban su traslado; y ■■■■ se habría encontrado expuesta a concretar lo indicado -en este caso, por “Marcus”- en la dinámica vinculada a la obtención, traslado y destino de la sustancia ilícita.

*14. En cuanto al concepto de abuso de una situación de vulnerabilidad, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, sostuvo que “El mejor modo de evaluar la **existencia** de vulnerabilidad es caso por caso, teniendo en cuenta la situación personal, geográfica y circunstancial de la presunta víctima. La vulnerabilidad personal, por ejemplo, puede estar relacionada con una discapacidad física o psíquica. La vulnerabilidad geográfica puede deberse a que la persona esté en situación irregular en un país extranjero y se encuentre social y lingüísticamente aislado. La vulnerabilidad circunstancial puede estar relacionada con el desempleo o la penuria económica. Esas*



*vulnerabilidades pueden existir previamente o ser creadas por el traficante. La vulnerabilidad ya existente puede deberse, entre otras cosas, a la pobreza, la discapacidad psíquica o física, la juventud o la avanzada edad, el género, un embarazo, la cultura, el idioma, las creencias, la situación familiar o la condición de irregularidad. Se puede crear vulnerabilidad, entre otras cosas, mediante el aislamiento social, cultural o lingüístico, la situación irregular o una dependencia cultivada mediante una drogadicción o un apego romántico o emocional, o bien recurriendo a rituales o prácticas culturales o religiosos[...] El **abuso** de una situación de vulnerabilidad ocurre cuando la vulnerabilidad personal, geográfica o circunstancial de una persona se usa intencionalmente o se aprovecha de otro modo para captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a esa persona con el fin de explotarla, de modo que la persona crea que someterse a la voluntad del abusador es la única alternativa real o aceptable de que dispone y que resulte razonable la creencia de la víctima de que no tenía otra opción real o aceptable deben tenerse en cuenta sus características y circunstancias personales.”* (el destacado es del original)

-Nota orientativa sobre el concepto de abuso de una situación de vulnerabilidad como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.-

Así, los nuevos elementos incorporados demuestran que la organización criminal investigada ha abusado de la situación de vulnerabilidad de [REDACTED] con el objeto de captarla con fines de explotación. En el caso concreto, se advierte que la situación de vulnerabilidad de la nombrada se usó intencionalmente, logrando -a lo largo de siete años- generar una confianza tal que provocó que [REDACTED] se sometiera a la voluntad de su abusador -“Marcos [REDACTED]”- y considerara que su viaje a la República Argentina resultaba razonable. De ello, se colige que el medio utilizado para lograr el abuso de esa situación de



vulnerabilidad ha tenido un alcance suficientemente grave como para invalidar su libertad de autodeterminación.

15. Sentado cuanto precede, teniendo en cuenta los informes acompañados en autos y analizadas las situaciones de precariedad, inestabilidad y fragilidad atravesada por [REDACTED] -quien ha vivido en situación de vulnerabilidad durante gran parte de su vida- cabe concluir que nos encontramos ante una víctima del delito de trata de personas y no de autora del delito de contrabando de estupefacientes.

De lo expuesto, se sigue que el actuar de [REDACTED] estuvo colonizado por su tratante, basado en su necesidad de alejarse del contexto en el que se hallaba inmersa.

Tales extremos excluyen su culpabilidad, ya que el Estado no puede formularle un reproche basado en la exigencia de un obrar distinto frente a la situación de coerción. Se trata de la inexigibilidad de otro comportamiento, y no de que su acto haya sido conforme a derecho.

En efecto, cabe tener en cuenta que existe un mandato internacional de no criminalizar las conductas de las víctimas de trata de personas, plasmado en el principio 7° de los Principios y las Directrices recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los Derechos Humanos, que prescribe *“Las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países en tránsito o destino, ni haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de víctimas”*.

Se ha sostenido, tanto sea para casos de contrabando como de transporte o alguna otra forma de tráfico de estupefacientes, que la persona que es objeto de una red de trata e inducida, condicionada u obligada a cometer un delito no debe recibir un reproche de culpabilidad, pues carece de autodeterminación y libertad para conducir sus acciones.

En razón de lo hasta aquí expuesto, resultando -a criterio de este Tribunal- subsumible la conducta de [REDACTED] en la de



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO PENAL ECONOMICO 5
CPE 746/2022/2

víctima tratante, debe ser dispensada de respuesta penal por su accionar, en función de lo previsto por el artículo 5° de la Ley 26.364.

En base a las consideraciones expuestas, oídas las partes,

RESUELVO:

I.- SOBRESEER TOTALMENTE a [REDACTED] (titular del Pasaporte de los Estados Unidos de América Nro. [REDACTED]), de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden al hecho por el que fue indagada y procesada, con la expresa mención de que la formación de este sumario no afectó el buen nombre y honor del que gozare la nombrada (artículo 336, inciso 5 del Código Procesal Penal de la Nación).

II.- DISPONER LA INMEDIATA LIBERTAD de [REDACTED] [REDACTED] la cual se hará efectiva desde el lugar donde se encuentra alojada, de no mediar otra causa legal de detención. A tal fin, líbrese oficio a la Unidad N° 31 del Servicio Penitenciario Federal, haciéndose saber lo dispuesto en la presente, ordenando el labrado del acta de libertad correspondiente (artículo 338 del Código Procesal Penal de la Nación).

III.- ORDENAR LA DEVOLUCIÓN a [REDACTED] [REDACTED] de las divisas extranjeras y de los elementos personales que fueron secuestrados en poder de la nombrada, que no hayan sido aún entregados.

IV.- LIBRAR OFICIO a la Coordinadora del Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Licenciada Zaida Gatti, en los términos de la Ley 26.364 y su modificatoria 26.842.

V.- SIN COSTAS (artículo 530 y siguientes del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, protocolícese, notifíquese electrónicamente a las partes y oportunamente, comuníquese a la Dirección Nacional de Migraciones, al Consulado de los Estados Unidos de América, al Registro Nacional de Reincidencia y al Sistema Federal de Comunicaciones Policiales -SIFCOP- (quien deberá circularizarlo a las fuerzas policiales bajo su órbita).

ARGENTINA



DIEGO A. AMARANTE
JUEZ

Ante mí:

LAURA IRENE NICOCIA
SECRETARIA



#37293309#361063600#20230320123300173



PARÁMETRO	CONTENIDO JURISPRUDENCIA 01
País	Brasil
Tribunal	Supremo Tribunal Federal
Materia	Adoção de audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive temporárias, preventivas, definitivas e em flagrante.
Derechos involucrados	Direito à um julgamento justo
Breve relación de los hechos	Após pedido da Defensoria Pública da União, o Supremo Tribunal Federal acolheu a adoção de realização de audiências de custódia em todo o país. Desse modo, pessoas que forem presas recebem maior atenção do Sistema Judiciário, de forma a buscar avaliá-las antes da entrada no sistema penal de fato, verificando, entre outras questões, a legalidade e necessidade ou não de manutenção da prisão.
Fundamentos de derecho	Adoção de audiências de custódia em todas as modalidades de prisão em todo o país.
Resolución (Liga de enlace)	https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5329173
Contexto	Inicialmente, foi realizada a adoção de audiência de custódia em todas as modalidades prisionais em até 24h após a prisão apenas no Rio de Janeiro, através de uma determinação estadual. Posteriormente, a mesma medida foi adotada no Ceará e Pernambuco e, em seguida, acolhida nacionalmente após um pedido realizado pela Defensoria Pública da União
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	Supremo Tribunal Federal



PARÁMETRO	CONTENIDO JURISPRUDENCIA 02
País	Brasil
Tribunal	Supremo Tribunal Federal
Materia	Responsabilidade do Estado de garantir creches e pré-escolas para crianças de até 5 anos de idade.
Derechos involucrados	Direito da criança de ter acesso à educação básica, obrigatória e gratuita, da pré-escola ao ensino médio.
Breve relación de los hechos	O município brasileiro de Criciúma, localizado em Santa Catarina, Brasil, entrou com um recurso contra decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que obrigava a administração pública a garantir vaga em creche para uma criança. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, entretanto, manteve a decisão de que a educação básica é um direito fundamental de todas as crianças e jovens, e que é dever do poder público de garantir o acesso à educação básica.
Fundamentos de derecho	De acordo com a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 e com seu art. 208, o Estado tem o dever de garantir o acesso à educação.
Resolución (Liga de enlace)	https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5085176&numeroProcesso=1008166&classeProcesso=RE&numeroTema=548
Contexto	Busca pelo cumprimento da Constituição Federal, que apresenta a obrigatoriedade de o Estado garantir o acesso à educação.
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	Supremo Tribunal Federal



PARÁMETRO	CONTENIDO JURISPRUDENCIA 03
País	Brasil
Tribunal	Supremo Tribunal Federal
Materia	Medida Cautelar sobre pleito de mulheres com trabalho externo em penitenciária
Derechos involucrados	Direito à ressocialização.
Breve relación de los hechos	Após atos de atentado contra símbolos da democracia brasileira em 8 de janeiro de 2023, a população carcerária aumentou consideravelmente no Distrito Federal. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal acatou o requerimento da Defensoria Pública da União, feito em conjunto com a Defensoria Pública do Distrito Federal, para conceder liberdade monitorada para 85 mulheres que possuíam trabalho fora da penitenciária.
Fundamentos de derecho	
Resolución (Liga de enlace)	https://www.dpu.def.br/images/Banco_de_imagens_2023/620174237-Decisao-Gilmar-Mendes.pdf
Contexto	Com o aumento da população carcerária após os atos antidemocráticos realizados em Brasília, Brasil, em 8 de janeiro de 2023 e a consequente superlotação de centros penitenciários, foi concedida liberdade provisória eletronicamente monitorada para mulheres que cumpriam pena mas que possuíam trabalho fora da penitenciária.
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	Supremo Tribunal Federal



MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 53.005 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
RECLTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
RECLDO.(A/S)	: JUIZ DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
BENEF.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
INTDO.(A/S)	: DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

DECISÃO: Trata-se de pedido incidental formulado pela Defensoria Pública do Distrito Federal nos autos desta Reclamação anteriormente ajuizada.(eDOC 55)

Este pedido refere-se aos acontecimentos dos dias 8 e 9 de janeiro de 2023 que culminaram no recolhimento de 513 mulheres na Penitenciária Feminina do Distrito Federal (PFDF).

A Defensoria afirma que, em razão do aumento repentino da população carcerária feminina, foram necessárias gestões internas para acomodação das conduzidas, mediante a realocação de espaços e ambientes, inclusive de locais destinados a gestantes e lactantes. Acrescenta que *“Para a acomodação das novas ingressantes foi necessária a transferência das mulheres trans para os espaços físicos reservados ao parlatório.”* (eDOC 55, p. 3)

Narra o impacto dessas novas prisões na rotina carcerária, indicando documentos e manifestações dos órgãos respectivos. Nesse sentido declara a defensoria que: *“É de se ressaltar que antes das transferências a SEAPE afirmou que a PFDF não teria condições de receber mais que 300 (trezentas mulheres) e solicitou o ingresso mulheres nos CDPs masculinos, o que foi autorizado pelo Juízo Corregedor do sistema prisional distrital. Tal deu-se no Pedido de Providências de nº 0400061-70.2023.8.07.0015 que tramita na Vara de*



RCL 53005 MC / DF

Execuções Penais, no qual também foi autorizado o deslocamento de equipe de servidores da SEAPE para compor a segurança nas unidades, com prejuízo das atividades ordinárias de emissão de certidões de remição, o que implica um impacto geral nas progressões de regime.”(eDOC 55, p. 2)

Destaca a existência de 85 (oitenta e cinco) mulheres cumprindo pena em regime semiaberto com trabalho externo implementado que, diante das condições excepcionais, poderiam receber o benefício de saída antecipada com monitoramento eletrônico e, conseqüentemente, reduzir a população carcerária da PCDF.

Requer, aplicando o entendimento da Súmula Vinculante nº 56, a concessão incidental de liminar para o fim de autorizar a colocação de monitoramento eletrônico nas 85 (oitenta e cinco) presas da Penitenciária Feminina do Distrito Federal (PFDF) que cumprem pena em regime semiaberto com trabalho externo implementado.

É o breve relatório. **Passo a análise do pedido liminar.**

I- Da natureza jurídica e da evolução histórica do uso da reclamação

A reclamação constitucional, utilizada para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões é fruto de criação jurisprudencial. Afirmava-se que ela decorreria da ideia dos *implied powers* deferidos ao Tribunal. O Supremo Tribunal Federal passou a adotar essa doutrina para a solução de problemas operacionais diversos. A falta de contornos definidos sobre o instituto da reclamação fez, portanto, com que a sua construção inicial repousasse sobre a teoria dos poderes implícitos. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2017. p. 1449).

Em 1957 aprovou-se a incorporação da reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1967, que autorizou o STF a estabelecer a disciplina processual dos feitos sob sua competência, conferindo força de lei federal às disposições do Regimento Interno sobre seus processos, acabou por legitimar



RCL 53005 MC / DF

definitivamente o instituto da reclamação, agora fundamentada em dispositivo constitucional (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2017. p. 1450).

Com o advento da Carta de 1988, o instituto adquiriu, finalmente, *status* de competência constitucional (art. 102, I, *l*). A Constituição consignou ainda o cabimento da reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *f*), igualmente destinada à preservação da competência da Corte e à garantia da autoridade das decisões por ela exaradas (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2017. p. 1450).

No tocante à natureza jurídica, a posição dominante parece ser aquela que atribui à reclamação natureza de ação propriamente dita, a despeito de outras vozes autorizadas da doutrina identificarem natureza diversa para o instituto, como já referido, seja como remédio processual, incidente processual ou recurso.

Tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da reclamação, ser possível a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser solvida, decorrente do conflito entre aqueles que persistem na invasão de competência ou no desrespeito das decisões do Tribunal e, por outro lado, aqueles que pretendem ver preservada a competência e a eficácia das decisões exaradas pela Corte (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2017. p. 1450).

Em relação ao cabimento, nos termos do art. 156 do Regimento Interno desta Corte, *“cabará reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões.”*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deu sinais de grande evolução no que se refere à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas. No julgamento da questão de ordem em agravo regimental na Rcl 1.880, em 23 de maio de 2002, o Tribunal restou assente o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF,



RCL 53005 MC / DF

em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado.

No caso em questão, o reclamante alega prejuízo decorrente do descumprimento da ordem de Súmula Vinculante, a saber SV nº 56, que estabeleceu, em síntese, que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso e determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade em estabelecimento digno e adequado ao regime, no contexto do evento extraordinário.

Os demais pedidos e providências da inicial desta Reclamação serão analisados oportunamente, restringindo-se a decisão ao pedido constante e em eDOC 55 relacionado ao evento excepcional decorrente das prisões acontecidas nos dias 08 e 09 de janeiro de 2023.

II- Da Situação Excepcional

É pública e notória a prisão de cerca de 1.200 (mil e duzentas) pessoas (homens e mulheres) em face dos atos praticados contra o Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 359 do Código Penal, orquestrados e materializados por Organização Criminosa (Lei 12.850/13), com o conseqüente agravamento das condições e rotinas do Sistema Prisional, no caso, da Penitenciária Feminina do Distrito Federal (PFDF).

O impacto das condutas ilegais se deu não somente em relação aos valores democráticos, ao patrimônio público, histórico e cultural da nação, como também impôs externalidades negativas às apenadas que tiveram seus direitos restringidos em face do ingresso de 513 novas mulheres.

Embora tenham sido realizadas diligências, tais como a liberação de mulheres idosas, vulneráveis e com filhos até 12 anos (não obstante a possibilidade de futura responsabilidade penal destas mulheres), o quadro exige atenção devida.



RCL 53005 MC / DF

III- Da aplicabilidade da Súmula Vinculante nº 56 ao caso concreto e da possibilidade do deferimento de medida liminar

A Defensoria Pública do Distrito Federal defende que os apenados que cumprem pena nos estabelecimentos do DF encontram-se em estabelecimento prisional mais gravoso do que aquele a quem tem direito, em violação à Súmula Vinculante nº 56 e que prescreve que *“a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.E*

Verifica-se que o precedente paradigma da citada Súmula Vinculante foi o tema 423 da repercussão geral, cuja tese firmada restou assim ementada:

“I - A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso;

II - Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como colônia agrícola, industrial (regime semiaberto) ou casa de albergado ou estabelecimento adequado (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas b e c);

III - Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado”.



RCL 53005 MC / DF

Esta Corte reconheceu a ilegitimidade do cumprimento de pena em regime mais grave que o imposto na sentença, em razão da ausência de vaga em estabelecimento prisional adequado a seu regime. A manutenção em regime mais gravoso vai de encontro ao que estabelece a Súmula Vinculante nº 56 e aos critérios fixados no Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, de modo que deve o Executivo providenciar a imediata inserção do reclamante no regime a que tem direito.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 641.320/RS ressalvei que essas medidas não pretendiam esgotar as alternativas adotadas pelos juízos de execuções penais no intuito de equacionar os problemas de falta de vagas nos regimes adequados ao cumprimento de pena. As peculiaridades de cada região e estabelecimento podem recomendar o desenvolvimento dessas medidas em novas direções. Confiei às instâncias ordinárias margem para complementação e execução das medidas.

No referido julgamento, destaquei, dentre outras, a necessidade de: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional.

No caso destes autos, nos limites traçados quanto ao pedido incidental(eDOC 55), o impacto negativo do ingresso de contingente



RCL 53005 MC / DF

significativo de presas em flagrante, implicou no agravamento das condições de cumprimento de pena pelas apenadas já recolhidas no estabelecimento penal feminino, a saber a PFDF.

Neste sentido, a adoção de medidas paliativas, com incidência da proporcionalidade, mostra-se adequada à satisfação dos direitos reconhecidos pela Súmula Vinculante nº 56, **especialmente tendo em conta que as possíveis beneficiárias já se encontram em regime semiaberto, com trabalho externo já implementado** (CNJ, Resolução 412), **autorizando inferir que o processo de reinserção social está em andamento**³

Ou seja, as 85 (oitenta e cinco) apenadas indicadas já dispõem do direito de deixar o estabelecimento durante o dia e retornar para pernoitar, configurando o *fumus boni iuris* e, diante de todo o contexto excepcional explicitado neste pedido, também está presente o *periculum in mora*.

Justifica-se, portanto, o **deferimento parcial do pedido incidental formulado pela Defensoria Pública do Distrito Federal, consistente na substituição do recolhimento no estabelecimento penal (PCDF) pela concessão de saída antecipada com monitoramento eletrônico pelo prazo de 90 (noventa) dias.**

Necessário, ademais, que o Juízo da execução avalie, posteriormente, caso a caso, a perseverança do regime especial de monitoramento eletrônico conforme o desempenho próprio. O benefício pode ser revogado a qualquer tempo pelo Juízo da execução, em caso de descumprimento do aludido benefício.

Ante o exposto, **defiro parcialmente o pedido incidental formulado pela Defensoria Pública, para o fim de determinar liminarmente a implementação de saída antecipada com monitoração eletrônica das apenadas da Penitenciária Feminina do Distrito Federal (PFDF) atualmente em regime semiaberto com trabalho externo implementado, com a reavaliação da perseverança do regime especial após o decurso de 90 (noventa) dias, conforme o desempenho verificado no lapso temporal.**



RCL 53005 MC / DF

Ato contínuo, providencie-se o referendo da medida liminar na primeira sessão virtual disponível da Segunda Turma, que iniciará em >:3939:9;3

Comunique-se, com urgência, o Juízo de Execuções Penais, ao SEAPE, À Defensoria Pública do Distrito Federal, ao estabelecimento prisional e aos demais habilitados nos autos.

Dada a urgência da medida, atribuo à presente decisão força de mandado e ofício.

Em seguida, dê-se vista à Procuradoria Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 16 de janeiro de 2023.

Ministro **Gilmar Mendes**

Relator

Documento assinado digitalmente



Santiago, treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés.

Al escrito folio 68147-2023: a todo, téngase presente.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos cuarto a octavo, que se eliminan.

Y se tienen su lugar y además presente:

1.- Que, en primer término, es preciso tener en consideración que, como lo ha sostenido con anterioridad esta Corte –*entre otros en el pronunciamiento Rol N° 18.538-2022, de 02 de junio de 2002-*, conforme lo dispuesto en el N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en relación al artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –*aplicable por expresa disposición del artículo 5° de la Carta Fundamental-*, el retardo injustificado en la tramitación de un proceso implica una afectación sustancial a la garantía constitucional del debido proceso, en su manifestación relativa al derecho ser juzgado en un plazo razonable.

2.- Que, en tal sentido, conviene citar lo dispuesto en el inciso primero del artículo 247 del Código Procesal Penal, precepto que imperativamente dispone que “*Transcurrido el plazo de dos años desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el fiscal deberá proceder a cerrarla*”, es decir, dicha norma obliga al Ministerio Público a cerrar la investigación una vez cumplido el plazo máximo que estableció el legislador para su extensión.

3.- Que la antes citada norma, constituye una garantía del imputado al juzgamiento dentro de un plazo razonable –*que se encuentra consagrada en el artículo 7 N° 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos-*, que debe ser ponderada con la circunstancia de haber sido primitivamente formalizado el amparado con fecha 02 de marzo de 2021.

De lo anteriormente expuesto se sigue que, a la data en que fue reformalizado el recurrente y se decretó a su respecto la medida cautelar de arraigo nacional, a saber, el 10 de marzo de 2023, transcurrió con creces, el término máximo de extensión de la investigación estipulado por el código adjetivo.

4.- Que, así las cosas, la resolución impugnada deviene en ilegal, constituyendo una amenaza a la libertad del amparado, desde que ésta se ve necesariamente condicionada por la extensión excesiva de la investigación, en la especie, más allá del término máximo de dos años, contados desde la formalización, que el artículo 247 del Código Procesal Penal perentoriamente establece para su duración.

5.- Que, por lo demás, debe tenerse en consideración *-para el acogimiento de la pretensión hecha valer por la defensa-*, no solo la circunstancia de haberse impuesto al amparado una medida cautelar de arraigo nacional transcurridos más de dos de años desde el inicio de la investigación a su respecto, sino que también el hecho de que la misma tuvo como sustento una actuación procesal del ente persecutor denominada como *"reformalización"*, institución que no se encuentra expresamente consagrada en el Código Procesal Penal y que, por ende, resulta ajena al ordenamiento jurídico nacional *-pese a ser efectivo que la misma es comúnmente utilizada y aceptada en la práctica judicial-*, por lo que mal puede tener la aptitud de restringir o afectar las garantías fundamentales de los imputados, máxime si se tiene en vista que, como aconteció en la especie, no solo tuvo por objeto precisar los hechos de la formalización, sino que derechamente modificó de manera sustancial el sustento fáctico de la imputación, a fin de acomodarlo a la nueva calificación jurídica determinada por la fiscalía, a lo que debe sumarse que todo ello aconteció en la

misma audiencia en la que se debatió el cierre de la investigación.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta Fundamental, **se revoca** la sentencia apelada de veintidós de marzo de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, en el Ingreso Corte N° 103-2023, y en su lugar se decide que **se acoge** la acción constitucional de amparo deducida en favor de Jorge Eduardo Escobar Escobar, dejándose sin efecto la totalidad de lo obrado en la audiencia realizada con fecha 10 de marzo de 2023, en los autos Rit N° 255-2021, del Tribunal de Garantía de Arauco, debiendo dicho tribunal fijar, a la brevedad posible, una audiencia para discutir únicamente el apercibimiento de cierre de la investigación, citando a todos los intervinientes para tal efecto.

Lo anterior, sin perjuicio del ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico franquea al Ministerio Público.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 50.850-2023.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., María Teresa De Jesús Letelier R. y los Abogados (as) Integrantes Ricardo Alfredo Abuauad D., Gonzalo Enrique Ruz L. Santiago, treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés.

En Santiago, a treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés, 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.





DIRECCIÓN DE LITIGIO ESTRATÉGICO CASACIÓN Y REVISIÓN

11

Banco de Resoluciones en temas de Litigio Estratégico - 2023

**JURISPRUDENCIA SENTENCIA No. No. 202-19-JH/21
(Acogimiento institucional y hábeas corpus)**

TRIBUNAL	Corte Constitucional, 24 de febrero de 2021.
MATERIA	Constitucional - Acción de hábeas corpus
INTERVINO LA DEFENSORIA PUBLICA	Si
DATOS DEL DEFENSOR/A PUBLICO	Ana Lucia Salinas Loyola, Abogada de los Tribunales de Justicia, Magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social ejerce sus labores como Defensora Pública en la provincia de Cañar.
DERECHOS INVOLUCRADOS	Derecho de los niños y adolescentes a la integridad física y psíquica. Derecho a la intimidad personal y familiar. Derecho a la inviolabilidad de domicilio. Derecho de la atención especial a las familias disgregadas. Derecho de reconocimiento de diversos tipos de familia. Derecho a la integridad personal. Derechos de los hijos a la paternidad responsable.
BREVE RELACION DE LOS HECHOS	<p>Rosa y su familia</p> <p>Rosa Pérez Siguencia (en adelante “Rosa”) y su familia pertenecen a un grupo de personas que están en circunstancias de vulnerabilidad por estar en una situación de extrema pobreza, siendo Rosa una mujer cabeza de hogar, quién sufrió exclusión social durante su vida y víctima de múltiples maltratos y violencia.</p> <p>Rosa es una mujer, madre soltera y jefa de hogar, de 39 años, vive en la provincia de Cañar, capital Azogues, en una comunidad rural (Buil Tabacay). A los nueve años quedó huérfana. No sabe leer ni escribir y tiene 54% de discapacidad intelectual. Tiene una familia compuesta por tres hijas de 13 años, de 6 años, de 1 año y dos hijos de 12 años y de 5 años. Dos de sus hijos presentan trastornos psicológicos.</p> <p>Los ex convivientes de Rosa ejercieron violencia en contra de su integridad, incluso el padre de sus dos últimos hijos, fue denunciado por abuso a su hija mayor.</p> <p>La situación en el hogar de Rosa era de extrema pobreza, vivía en una casa prestada, antigua, de dos habitaciones, con 3 camas para todo su núcleo familiar. Ella tenía que dedicarse a lavar ropa de sus vecinos para poder cubrir las necesidades de su hogar, además que recibía alimentos y ayuda de otras personas, en especial de su madrina.</p> <p>La familia y el Estado</p> <p>Ante un posible abuso sexual en contra de su hija mayor por un miembro de la misma comunidad, Rosa presentó una denuncia el 11 de mayo de 2015, hecho que fue avocado conocimiento por la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Azogues (en adelante “Junta”), disponiendo el 04 de junio de 2015 atención psicológica para su hija y mayor control en la escuela a la que acudía.</p> <p>El 16 de febrero de 2016, el juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón</p>



	<p>Azogues archivó la denuncia por no contar con elementos suficientes para deducir una imputación.</p> <p>Desde enero de 2017, el Ministerio de Inclusión Económica y Social realizó acompañamiento a Rosa y su familia, mediante visitas domiciliarias, solicitando a la Junta intervención porque la casa en donde vivían no reunía las condiciones necesarias para la subsistencia, en particular de los niños.</p> <p>El 13 de febrero de 2017, el fiscal Provincial del Cañar solicitó al juez de la Unidad Judicial Penal de Azogues la reapertura del caso por considerar que existen méritos suficientes para que la causa prosiga, incluyéndose a su hija al Sistema de Protección de Víctimas y Testigos por tentativa de violación en el mes de marzo de 2017.</p> <p>El 22 de noviembre de 2017, Silvia Serrano, analista provincial del Sistema de Protección de Víctimas y Testigos del Cañar, solicitó una visita técnica de la Junta para que verifique la situación de la protegida y dicte las medidas de protección que se considere necesarias, pues se conocía que los hijos e hijas de Rosa supuestamente se extraviaron, mientras ella se encontraba en Machala por motivos de salud.</p> <p>El 6 de diciembre de 2017, Maribel Ulloa Vanegas, psicóloga clínica del Departamento de Consejería Estudiantil de la Escuela “Dolores Sucre”, remitió el informe de seguimiento del caso de adolescente a la Junta por la presunta infracción sexual y por supuesta violencia psicológica y negligencia por parte de su cuidadora. Del informe se desprende que la menor vive en un hogar de escasos recursos económicos y de una estructura disfuncional, la representante de la menor carece de educación académica y su lenguaje es poco fluido, confuso y en ocasiones incoherente, situación que también perjudica a sus hermanos ya que presentaban poca higiene, uniformes sucios, ingesta de alimentos en mal estado, sin útiles escolares completos, por lo cual se recomendó el cambio de ambiente familiar, terapia psicológica y seguimiento tanto del desempeño académico y del caso.</p> <p>El 8 de enero de 2018, el fiscal Provincial del Cañar solicitó el archivo de la causa por cuanto <i>“de los informes psicológicos se evidencia que la adolescente no fue víctima de un delito sexual, sino que su entorno familiar pone en riesgo su integridad física y psicológica.”</i></p> <p>El 15 de enero de 2018, la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Azogues ordenó el archivo de la causa y la remisión de copias del expediente a la Unidad de la Familia, Niñez y Adolescencia de Azogues para que se dicten medidas de protección a favor de la adolescente y sus hermanos, por la negligencia de los cuidadores.</p> <p>El 13 de febrero de 2019, la adolescente acompañada por su madre, presentó una denuncia ante la Fiscalía por supuesto abuso sexual contra su padrastro.</p> <p>El 26 de febrero de 2019, Verónica Toledo, jueza de la Unidad Judicial Penal de Azogues, concedió las medidas de protección de prohibición al procesado de perseguir a la víctima, boleta de auxilio y orden de salida de la vivienda.</p>
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



El 28 de febrero de 2019, Mónica Pesantez Ochoa, directora de la Escuela “Dolores Sucre”, presentó un informe dirigido a la Fiscalía Provincial de Cañar señalando que la adolescente había sido maltratada por Rosa por haber denunciado a su padrastro, mismo que no había salido del hogar y que la madre no hace nada al respecto.

El 19 de marzo de 2019, Karla Narvárez Muñoz, fiscal Provincial del Cañar, puso en conocimiento de la Unidad Judicial de la Familia del cantón Azogues el presunto hecho de violencia psicológica por parte de Rosa contra la adolescente, y solicitó la intervención del Equipo Técnico y que se dicten las medidas de protección que amerite.

El 20 de marzo de 2019, Margarita Matute Altamirano, jueza de la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Azogues, ordenó como medida de protección la prohibición a la agresora de proferir amenazas en forma directa o indirecta contra la víctima y dispuso la intervención de la trabajadora social para que brinde acompañamiento a la adolescente.

El 22 de marzo de 2019, en el informe psicosocial de la Unidad se concluyó que la adolescente no quería dejar su casa, sus hermanos y su madre; y, pensar en la posibilidad de un internamiento en una casa hogar. Al igual que tampoco se podía someter a la madre a algún tratamiento psicológico por su limitada situación cultural, económica, emocional y psicológica, debiendo continuarse visitas semanales por parte del equipo técnico.

El 25 de marzo de 2019, la jueza Margarita Matute Altamirano dispuso que el Equipo Técnico de la Unidad dé seguimiento una vez por semana al proceso, para la rectificación de las conductas de maltrato.

El 1 de mayo de 2019, el Equipo Técnico de la Unidad señaló en su informe que la pareja de Rosa ya no vive con ella, que la apariencia y aseo personal de la adolescente ha mejorado, recomendó acompañamiento psicológico, e indicó que: *... preocupa por demás el hecho de que no es tan solo la disfuncionalidad familiar, la negligencia y maltrato lo que afecta a la familia...sino sus condiciones socioculturales y económicas, las cuales son bastante deficientes, es visible la pobreza en la que viven, pues por más que la madre haga esfuerzos por trabajar en lo que sea, cualquier ingreso es mínimo ya que no le permite cubrir los gastos de manutención, es decir no solo es la negligencia lo que afecta a la familia ya que a ello se suma su extrema pobreza.*

El allanamiento

El 10 de mayo de 2019, la Junta indicó que los niños y niñas se encuentran en riesgo, y solicitó a la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Azogues que se conceda la orden de allanamiento del domicilio de Rosa, para que agentes de la Dirección Nacional de Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes (“DINAPEN”) puedan dar cumplimiento al acogimiento institucional de los cinco niños y niñas, la cual mediante providencia se solicitó que los menores sean rescatados y trasladados al Hogar de Jesucristo, estas medidas no fueron informadas a Rosa.

El 12 de mayo de 2019 a las 19h45, agentes uniformados de la DINAPEN allanaron el domicilio de la familia, ingresando a la fuerza dos policías, procedieron a coger



a los menores a través de jalones, con fuerza los subieron al patrullero sin informarles lo que ocurría, la adolescente no fue llevada por los agentes puesto que se había encerrado en un cuarto. Fue una situación traumática para la familia porque no sabían lo que pasaba. El 14 de mayo de 2019, la DINAPEN informó que la adolescente acudió voluntariamente en compañía de su madre y es ingresada en la casa de acogida. Rosa explicó que *“se queda ahí para cuidarles a los hermanos.”*

El acogimiento institucional

La trabajadora social de la Casa de Acogida, cuando llegaron los niños y niñas, afirmó que *“presentaban ciertas complicaciones conductuales, de su aseo personal, no disponían de cédulas de identidad y que sufrían complicaciones de la salud bastante fuertes”*.

En la casa hogar las visitas eran restringidas, por lo cual Rosa no pudo verlos constantemente, además que no le permitieron permanecer a solas con sus hijos o tocarlos lo cual era incomprensible para la madre por la discapacidad que presenta, lo cual no fue considerado por los trabajadores de la casa hogar existiendo inconvenientes con este personal.

Conforme los relatos de Rosa, señaló que sus hijos eran maltratados y no estaban recibiendo alimentos adecuados, la adolescente también señaló que en la casa de acogida les gritaban y a veces los golpeaban.

Las personas profesionales de la casa de acogida intentaron trabajar en la reinserción familiar, *“pero no hubo cómo, no aceptaba la situación de que tenía que asistir a terapia.”* Asistió contra su voluntad a las terapias. Buscaron otros referentes familiares para una posible reinserción. Pero vino la orden judicial de reinserción. *“La situación de que se quedó a medias nuestro trabajo. Los niños fueron dados de reinserción, algo que nosotros no queríamos, porque... había avances bastante fuertes con los niños...”*.

El hábeas corpus

El 28 de mayo de 2019, Rosa, a través de la Defensoría Pública, solicitó al juez que se levante la medida de institucionalización y el retorno inmediato de sus hijas e hijos. Rosa le dijo al juez *“no es tus hijos, señor juez... si son mis hijos, acaso yo no he dado a luz, usted no me ha ayudado en mis dolores, son mis hijos, déjenme ver a mis hijos...tenga la bondad de devolver a mis guaguas... [el juez] no quiso saber nada, no quiso saber nada de mí, no quiso saber nada...”*. Por su parte la defensa sostuvo que para la emisión de las medidas de protección no medió una investigación, no existían pruebas de maltrato, no se especificaron el tiempo de duración de las medidas y hasta el día de hoy no se citó a los padres para ejercer su defensa. Al día siguiente, la solicitud fue declarada improcedente, el juez se inhibió de conocer la causa y señaló que el caso se encuentra bajo competencia de la Junta.

El 31 de mayo de 2019, el juez de la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia de Azogues, negó la solicitud de revocatoria sosteniendo que los menores no se encuentran privados de la libertad, sino que se encuentran bajo la protección del Estado, por disposición de la Junta Cantonal de Protección.



El 3 de junio de 2019, Rosa presentó una acción de hábeas corpus en contra del juez que ordenó el allanamiento, la Junta y el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Azogues, enfatizando que en una de sus visitas su hijo tenía el brazo roto y su hija estaba con la cabeza rota.

El 10 de junio de 2019, el juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Azogues, negó el hábeas corpus y recalcó que *“se ha confundido completamente lo que es el hábeas corpus con una medida [de] protección de derechos a los niños...lo que corresponde es conocer si dichos menores se encuentra[n] o no privados de la libertad en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, y obviamente no están privados de la libertad, sino con una orden de medidas de protección”* Rosa apeló tal resolución.

El 2 de julio de 2019, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar confirmó la sentencia subida en grado y manifestó que: *El derecho a tener una familia y no ser separado de ella ha sido garantizado, en lugar de vulnerado, por las actuaciones tanto administrativas de la Junta Cantonal como la jurisdiccional tomada por el señor Juez que otorgó dichas medidas... esta acción no solamente pretende ignorar los derechos de los niños, sino también el trámite que ha previsto la legislación ecuatoriana, para su aplicación y la forma y momento [para] terminar estas medidas...En conclusión... no existe la vulneración del derecho a la libertad.*

El 26 de julio de 2019, Rosa presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por la Corte Provincial.

El 30 de julio de 2019, la psicóloga de la Casa Hogar, en su informe señaló que i) los niños y niñas deben permanecer en la casa de acogida, hasta que se resuelvan los procesos en Fiscalía y se identifique un familiar idóneo para iniciar un proceso de reinserción, ii) se continúe la coordinación con el Departamento de Consejería Estudiantil (DECE) y Fiscalía, iii) se realicen intervenciones individuales a los niños y niñas una vez por semana, iv) se continúe la coordinación con el departamento de psiquiatría del centro de salud, y v) no es oportuno las visitas de los familiares ya que generan un riesgo para la adolescente.

El 15 de agosto de 2019, el juez dispuso la intervención del equipo técnico de trabajo del Consejo de la Judicatura y prohibió las visitas a Rosa, empero el 12 de septiembre de 2019, se levantó la prohibición de visitas en atención a las recomendaciones del Consejo de la Judicatura en la cual se consideró el acogimiento familiar de los menores a cargo de su tía materna hasta que su madre cumpla con las recomendaciones emitidas por el equipo técnico de la casa hogar, entre otras.

Durante el trámite jurisdiccional, hubo varias tensiones relacionadas con el rol que debería tener la Defensoría Pública. Se dijo, por ejemplo, por parte del juez que *“...su madre [y] su defensora, deberían colaborar para tal objetivo y no obstaculizar el trabajo en bienestar del desarrollo integral de los menores”,* que se *“se hace conocer de la actitud incorrecta de la defensora Pública...contra los funcionarios de la Institución de acogida, por lo que se llama la atención a fin de que rectifique su proceder, sin perjuicio de hacer conocer al Defensor Público Nacional”,* que interpone recursos con *“claro afán de continuar fastidiando”,* que *“la defensa...ha pretendido imponer su voluntad.”*



	<p>La reinserción familiar y la vida después del acogimiento</p> <p>Después de varias actuaciones procesales, en audiencia de 19 de diciembre de 2019, el juez de primera instancia dispuso que <i>“es el momento que los adolescentes y niños retornen a su hogar con su madre”</i>. Según la abogada defensora, <i>“el juzgador quiso escuchar a la madre, le preguntó si tiene a dónde llevarlos a sus hijos, y si está dispuesta a atenderlos, por supuesto que Rosa Margarita expreso a viva voz y entre lágrimas que sí, que por favor les devuelva a sus hijos.”</i> Según Rosa el juez dijo: <i>ya podemos entregar a los guaguas. Yo no creí...yo no creí que me van a entregar a mis hijos, yo no creí...”</i></p> <p>En la actualidad, Rosa vive con sus cinco hijos e hijas. Señala que está cansada de pedir justicia, que no quiere que los policías se los vuelvan a llevar. Sus hijos e hijas tienen miedo de que les vuelva a suceder algo parecido. Uno de sus hijos le dijo a Rosa: <i>“Ahora yo ya no quiero saber de psicólogo, mami, porque otra vez me van a llevar, me habla con un sufrimiento, mejor me voy a morir ahorcando me dijo, señor juez, y yo le dije: no mijo, no va a pasar nada, de aquí ya no... mucho me pegan, dice, en Casa Hogar, mami. Me dejaron sin comida, no me dieron de comer, mami.”</i> Los hijos e hijas de Rosa tienen miedo de las instituciones del Estado, al igual que Rosa tiene pavor a los psicólogos y los jueces, ante un temor latente que le vayan a quitar nuevamente a sus hijos.</p>
<p>FUNDAMENTOS DE DERECHO</p>	<p>Art. 11.2, 11.7, 44, 45, 46.1, 66.3, 66.20, 66.22, 67, 69.1, 69.4, 69.5, 77.1, 89 y 175 de la Constitución de la República del Ecuador.</p> <p>Art. 43 de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional</p>
<p>CONTEXTO SOCIAL Y ECONÓMICO DEL CASO</p>	<p>Madre jefa de hogar, víctima de violencia intrafamiliar, sin educación, con discapacidad, en situación de vulnerabilidad, junto a sus 5 hijos menores de edad.</p>
<p>INSTANCIA PROCESAL EN LA QUE SE EMITE LA SENTENCIA</p>	<p>Corte Constitucional.</p>
<p>INSTRUMENTO Y/O CRITERIO INTERNACIONAL INVOCADO</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○ Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351., párrafo 329. ○ Corte IDH. Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párrafo 140. ○ Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004. ○ CIDH. Informe temático: Violencia, niñez y crimen organizado, 11 noviembre 2015, párrafo 308. ○ CIDH. Informe temático: Violencia, niñez y crimen organizado, 11 noviembre 2015, párrafo 306. ○ CICR, “Reglas y normas internacionales aplicables a la función policial”, Ginebra: CICR, 2015, Página 37. ○ ONU, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea consideración primordial, artículo 3 párrafo 1. 2013.



	<ul style="list-style-type: none"> ○ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13, párrafo 15. ○ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 196; Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrafo 228, y, Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 99. ○ ONU, Observación General No. 12 El Derecho del Niño a ser escuchado. 2009, párrafo 79. ○ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafos. 94 y 117. En el mismo sentido, Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 32. ○ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009. ○ ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 12, 23 y 24. ○ Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia. Sentencia de 21 de noviembre de 2016, párrafo 91. ○ CIDH. Informe temático, El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las américas, 17 octubre 2013, párrafo 172. ○ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 77.
<p>ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DE LA CORTE NACIONAL</p>	<p>85. De la norma constitucional se desprende que el hábeas corpus protege a las personas privadas de libertad, al menos, en dos circunstancias: (1) cuando una persona está privada de libertad de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, hay una violación al derecho a la libertad de movimiento, y lo que procede es disponer su inmediata libertad; (2) cuando una persona está privada de libertad de forma legal y legítima, hay violaciones a derechos que se producen por las condiciones de privación de libertad, y lo que procede es reparar por esas violaciones.</p> <p>86. En el primer caso (1), el objeto del hábeas corpus es el derecho a la libertad y la finalidad es recuperarla, como cuando una persona ha sido detenida sin boleta ni en flagrancia, o restringir las limitaciones a la privación de libertad, como cuando una persona ha cumplido todos los requisitos para obtener la prelibertad y arbitrariamente no le conceden. El juez o jueza que conoce el hábeas corpus debe i) verificar si la privación de libertad es ilegal, arbitraria o ilegítima y ii) analizar el momento de la privación de libertad.</p> <p>87. El <i>momento</i> de la privación de libertad es cuando se produce el primer contacto entre los agentes del Estado, o quienes privan de la libertad, y la persona. Este momento debe ser respetuoso de la dignidad y debe cumplir con los</p>



procedimientos legales, tales como la exhibición de la boleta si fuere el caso y con la información sobre los derechos de la persona privada de libertad.

88. La privación *ilegal* de la libertad puede ser material y formal. *Material* cuando no hay “*estricto apego a las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley*”; *formal* cuando se incumplen los requisitos y procedimientos establecidos en la ley. La privación *arbitraria* de la libertad se produce cuando, a pesar de cumplirse las normas legales, “*se ha realizado utilizando causas y métodos que puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos humanos del individuo.*”

89. En el segundo caso (2), que se ha denominado hábeas corpus correctivo, el objeto del hábeas corpus son los derechos en la privación de libertad y la finalidad es garantizar los derechos conexos que se vulneran gravemente durante la privación de libertad, como privar de alimentos a una persona, no brindar atención oportuna de salud a personas enfermas que podrían conllevar al deterioro de salud o a la muerte, disponer la incomunicación. La privación a la libertad conlleva a limitaciones inevitables a otros derechos, tales como a la vida familiar, la privacidad, el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía. Esas restricciones y limitaciones serán justiciables mediante la garantía de hábeas corpus cuando no fueren razonables o si producen efectos o daños graves al titular de derechos. El juez o jueza que conoce el hábeas corpus debe verificar las vulneraciones a derechos producidas durante la privación o restricción a la libertad y “efectuar un análisis más amplio de todo el proceso de privación de libertad.”

90. En este sentido, una privación o restricción a la libertad que formalmente en un inicio es constitucional, porque hay boleta, auto de prisión preventiva, sentencia condenatoria, orden de acogimiento institucional, “puede convertirse en ilegal, arbitraria o ilegítima, o ser implementada en condiciones que amenacen o violen los derechos a la vida o integridad de la persona”, o a los derechos conexos.

94. Privación de libertad se entiende como cualquier restricción o limitación al derecho a la libertad de movimiento, contra la voluntad de la persona, a cualquier título o justificación. No importa, entonces, si la privación a la libertad se produce por la expedición de una medida cautelar, sentencia condenatoria o una medida de protección.

98. La privación de libertad no se convierte en legal, justificada y legítima por el solo hecho de invocar una norma legal que establece la finalidad del acogimiento institucional, como sostuvieron los jueces que conocieron el caso. Si bien mediante el hábeas corpus, como regla general, no permite sustituir el procedimiento ordinario para revisar la medida de acogimiento institucional, que tiene otros fundamentos y otra finalidad, el juez o jueza de hábeas corpus tiene que analizar si se cumplen los requisitos, formalidades y condiciones establecidos en la ley y en la Constitución.

103. En suma, en primer lugar, el acogimiento institucional está previsto en la ley como medida transitoria de protección, con carácter excepcional, de última ratio, y debe perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En segundo lugar, el acogimiento institucional cabe



solo mediante orden de juez competente. En tercer lugar, la orden de juez debe estar basada en información suficiente proporcionada por profesionales competentes y especializados en el cuidado y atención a niños, niñas y adolescentes.

110. En el caso conviene hacer una distinción entre el allanamiento para detener a una persona que presuntamente ha cometido un delito y el allanamiento para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En el primer caso, el allanamiento se enmarca dentro de un proceso penal, encaminado a investigar y sancionar infracciones penales. El allanamiento es una medida judicial que implica el uso de mecanismos relacionados con la fuerza y su uso progresivo es previsible en el procedimiento penal, considerando la resistencia de la persona requerida por la justicia penal. El segundo caso, que es el que se relaciona con los hechos, se analizará a continuación. Si el allanamiento no distingue, en su ejecución, entre la materia penal y la de niñez y adolescencia, puede convertir a la medida, originalmente concebida como protectora, como una violación adicional a los derechos de los niños y niñas.

113. Los agentes de la autoridad que realicen el allanamiento tienen particulares y especiales deberes de prevención y protección en relación con el uso de la fuerza por parte de agentes de seguridad en situaciones en que están o puedan estar involucrados niños, niñas o adolescentes. Entre otras:

- a. Los niños y niñas deben ser tratados con respeto y dignidad.
- b. De ser posible, se les informará sobre las razones del allanamiento, el lugar a donde serán trasladados y el derecho a ser protegidos.
- c. El portar, exhibir o usar armas de fuego, patear puertas, y otras expresiones de violencia en un allanamiento en procedimientos de protección de niños y niñas no es conveniente y debe evitarse.
- d. En caso de presentarse situaciones de violencia física, psicológica, sexual, otras formas de violencia o potenciales riesgos a la integridad de los niños y niñas, podrá ser permitido el uso progresivo de la fuerza.
- e. El uso progresivo de la fuerza será una medida extrema y excepcional y se ejercerá cuando fuere necesario de forma progresiva contra quien esté violentando sus derechos y nunca contra los niños o niñas a proteger. En otras palabras, no se deberá aplicar la fuerza en absoluto si el objetivo puede lograrse sin ella. Los agentes de policía deben prestar atención y ofrecer protección a las niñas y niños. Si se afecta a sus derechos, entonces se presumirá la desproporcionalidad de la medida. La responsabilidad por el uso de la fuerza no solo es del agente sino de las autoridades superiores que dieron la orden, que no intervinieron cuando tenían conocimiento o debían haberlo tenido cuando un agente subordinado recurrió al uso desproporcionado de la fuerza.

122. El derecho al cuidado integral ha sido reconocido por el sistema jurídico ecuatoriano. El derecho al cuidado permite y proporciona las condiciones para que el resto de derechos se ejerzan. Un cuidado eficaz se mide por el desarrollo progresivo de las capacidades de los niños y niñas para ejercer derechos.

130. La separación familiar debe ser anticipada a las personas responsables y solo si tal separación es necesaria en el interés superior y protege sus derechos. El niño o niña que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello



es contrario al interés superior del niño. Esto se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia o para la institución encargada del acogimiento institucional.

131. La responsabilidad, en segundo lugar y de manera subsidiaria, si la familia nuclear no puede cuidar, le corresponde a la familia ampliada o a quien pueda ejercer, dentro de la comunidad o sociedad, las funciones del padre o de la madre. Entre esas personas podrían considerarse los miembros de la familia ampliada, como abuelos, abuelas, tíos, tías, o quien podría ejercer el rol; o también personas de la comunidad o sociedad que tuvieren vínculos con los niños o niñas, como padrinos, madrinas, “mejor” amigo o amiga; personas o familias que tuvieren disponibilidad y entrenamiento para ejercer el rol, como las familias acogientes u otros miembros que corresponda según el derecho propio de una comunidad indígena.

132. En tercer lugar, excepcional y subsidiariamente a la familia ampliada, solo si no es posible fortalecer el vínculo de los padres o madres para ejercer sus obligaciones de cuidado y no existiere alguna persona dentro de la comunidad o sociedad, entonces interviene el Estado a través de las instituciones de acogimiento con esos fines.

133. Los responsables de la toma de decisiones, cuando se decide por el acogimiento institucional, velarán para que el niño o niña mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares y personas con las que el niño o niña haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello contravenga el interés superior del niño.

140. El hábeas corpus cuando se trata de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes deberá, además de los demás principios y reglas establecidos en la Constitución y la ley, para evaluar el cuidado institucional, observar el interés superior del niño, el derecho al desarrollo integral y el derecho a ser escuchado.

141. La Constitución declara que “se atenderá al principio de su interés superior.” Por este principio se derivan tres obligaciones generales: i) Aplicar el interés superior en toda decisión estatal que afecte a los niños y niñas (garantías normativas y de políticas públicas); ii) considerar el interés superior del niño o niña y explicar cómo se ha examinado y evaluado la importancia que se le ha atribuido en toda decisión judicial o administrativa relacionada con niños o niñas (casos concretos); y iii) garantizar que, en las medidas del sector privado, el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas.

145. La Constitución enfatiza, para lograr el desarrollo integral, el entorno que tiene tres elementos: la seguridad, la afectividad en todos los espacios donde se desenvuelven los niños y niñas y el ejercicio de derechos (finalidad). Estas características del entorno deben manifestarse en todos los espacios donde los niños y niñas se desarrollan y la Constitución enumera cuatro: familiar, escolar, social y comunitario.

149. En cualquier espacio y en procedimientos, judiciales o administrativos, donde se decidan sobre sus derechos o situaciones en las que se afecten sus derechos, se les debe escuchar. La opinión del niño o niña debe ser tomada en cuenta en la



decisión. Si bien, por el interés superior, la opinión no significa que sea la decisión a tomar, debe ser valorada y tomarse en cuenta para la ponderación. De igual modo, la opinión del niño o de la niña debe ser escuchada para determinar la idoneidad de una medida o para evaluarla una vez que se ha tomado y se está ejecutando.

150. Una condición previa para la opinión del niño o niña es la información y, si se requiere para que la información sea comprensible, contar con el asesoramiento necesario para tomar una decisión que favorezca su interés superior. La información deberá ser comprensible, apropiada y suficiente hasta que pueda formarse un juicio u opinión. En este sentido, las personas responsables deben alentar al niño o niña a que se forme una opinión libre, sin influencias o presiones indebidas, y ofrecer un entorno adecuado para que pueda opinar y ser escuchado.

161. El caso seleccionado tiene la particularidad de que muchos hechos fueron ejecutados por servidoras y servidores públicos, que pertenecen a instituciones públicas, que tenían la obligación de proteger a la familia; sin embargo, las acciones y omisiones, como la ausencia de entendimiento sobre la situación de Rosa y su familia, el provocar su poca o nula participación en la toma de decisiones, la falta de coordinación interinstitucional y la ausencia de mecanismos especializados de acción en red con información cruzada para no revictimizar a la familia, especialmente a Maya (*nombre ficticio para proteger la identidad de la adolescente*), dieron como consecuencia que tanto Rosa como sus hijas e hijos, no quieran ver a más psicólogos, tengan miedo de la policía, no confíen en el sistema educativo y tampoco en el sistema de justicia. Por todo esto, Rosa y su familia desconfían y temen de las instituciones estatales.

162. Si bien en el acogimiento institucional los hijos e hijas de Rosa recibieron atención y cuidados, tales como alimentación, vivienda, apoyo educativo y psicológico, la Corte denota una deficiencia en el rol de cuidar institucional que afectó a los derechos de los niños y niñas en el caso. Esta deficiencia pudo haber sido conocida mediante el hábeas corpus correctivo, que no tiene un carácter residual y que podría presentarse sin que previamente se hayan realizado pedidos de revisión de la medida en sede administrativa o jurisdiccional. Los jueces y juezas pudieron, observando los principios de interés superior, desarrollo integral y el derecho a ser escuchado, haber dispuesto medidas correctivas encaminadas a garantizar el cuidado institucional, tales como disponer que Rosa sea informada y participe en las decisiones sobre sus hijos e hijas, garantizar un tiempo razonable para las visitas con el objetivo de fortalecer los vínculos familiares, disponer la investigación en casos de denuncias de maltrato, disponer la coordinación entre las diversas instituciones para garantizar el desarrollo integral de los niños y niñas.

167. El paradigma de la protección integral, en cambio, no distingue entre niños, niñas y menores. Todos los derechos deben ser ejercidos sin discriminación alguna. El derecho a la familia y a la escuela es universal. No hay familias ni niños o niñas en situación irregular. El juez o jueza no sufre en caso alguno al padre o madre y debe ser independiente e imparcial e interviene cuando hay violaciones a los derechos de los niños y niñas. La pobreza no es una causal para limitar, restringir o anular derechos. El reconocimiento y la promoción del ejercicio de los derechos es el deber primordial del Estado y de sus funcionarios, administrativos o judiciales. En este contexto, la privación de libertad debe ser absolutamente excepcional y para casos expresamente determinados en la ley. Este paradigma



	<p>es reconocido y desarrollado en la Constitución. Por ello, “[l]as niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.” Los derechos específicos se encuentran en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos de los niños, niñas y adolescentes.</p> <p>173. La discriminación por la condición económica está prohibida tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos. La pobreza suele llevar a tratos diferenciados y suele generar sentimientos de exclusión extremos, que se manifiestan en rechazo, aversión, desprecio, temor, invisibilización o demonización a la persona que está en situación de pobreza. A estas expresiones se las conoce con el término de aporofobia, que es una fobia hacia el pobre, que “lleva a rechazar a las personas que habitualmente no tienen recursos y, por lo tanto, no pueden ofrecer nada, o parece que no pueden hacerlo.” Las consecuencias de esta forma de relacionarse con la gente pobre es que se acaba privando, en la práctica, de la titularidad y del ejercicio de derechos. Por estas razones, la aporofobia se encuentra entre las formas de discriminación, como el racismo, la xenofobia, la misoginia, la homofobia y otras.</p> <p>182. El acogimiento institucional indeterminado, la prolongación indefinida del acogimiento institucional, la ausencia de revisión y evaluación periódica de la medida, violan el derecho a la libertad y al cuidado familiar.</p>
MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL ADOPTADAS	<p>186. En cuanto a la restitución, que era la principal pretensión de Rosa, los hijos e hijas de Rosa, por orden judicial tomada fuera del recurso de hábeas corpus, salieron del acogimiento institucional y volvieron a estar con su madre.</p> <p>187. En cuanto a la rehabilitación, que consiste en procurar que las personas tengan las condiciones para poder ejercer derechos, se dispone que la Defensoría del Pueblo, a través de la delegación provincial que dispusiere, en coordinación con las entidades del sistema descentralizado de protección de la niñez y adolescencia, en particular a la Junta de Protección de Derechos del cantón donde reside Rosa, con la participación y consentimiento de Rosa, realice todas las gestiones que fueren necesarias para acompañar y patrocinar a Rosa y que pueda ser beneficiaria de programas de inclusión social. En particular, para que pueda ser incluida en programas de alfabetización, vivienda, bono de desarrollo humano y más programas disponibles para personas en situación de vulnerabilidad por circunstancias de extrema pobreza.</p> <p>La Defensoría del Pueblo, en el plazo de 15 días, deberá especificar la delegación de la Defensoría encargada de coordinar y ejecutar las medidas de este párrafo e informar a la Corte. De igual modo, la Defensoría deberá, semestralmente, informar a la Corte sobre la ejecución de esta medida.</p> <p>188. También, como medida de rehabilitación, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, mediante delegación a quien corresponda, en el plazo 60 días contados desde la notificación de esta sentencia, deberá informar a esta Corte, previo análisis de la situación familiar de la ciudadana Rosa Pérez Sigüencia y de sus hijos e hijas, sobre los beneficios o programas que, en el marco de su competencia, podrían ser incluidos, tales como el bono de desarrollo humano u otros programas disponibles para atender su situación de pobreza, en caso de que así lo deseen. Asimismo, en el plazo de 90 días, contados desde la notificación de</p>



	<p>esta sentencia deberá informar a este Organismo, respecto de la inclusión a programas y servicios que la familia, una vez informada, haya aceptado recibir.</p> <p>189. En cuanto a la satisfacción, la Corte considera que esta sentencia puede ser una manera de reconocer el sufrimiento y los derechos de los miembros de la familia de Rosa, y que puede constituir una forma de reparación.</p> <p>190. Para cumplir con la obligación de no repetir las violaciones a los derechos durante el momento del allanamiento y el acogimiento familiar, la Corte considera que se deben tomar medidas diferenciadas.</p> <p>191. El Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional en coordinación con el Ministerio de Inclusión Económica y Social deberá:</p> <ol style="list-style-type: none">Elaborar un protocolo para garantizar y supervisar la seguridad e integridad de los niños, niñas y adolescentes, al interior de las Casas de Acogida.Informar a la Corte en el plazo de seis meses el cumplimiento de esta obligación. <p>192. El Ministerio de Gobierno deberá:</p> <ol style="list-style-type: none">Elaborar un protocolo, en consulta con la Fiscalía General del Estado y el Consejo de la Judicatura, que establezca los derechos y el procedimiento para el allanamiento de domicilio cuando se trate de ejecutar medidas de protección por parte de la DINAPEN, conforme lo dispuesto en los párrafos 112 y 113 de esta sentencia.Difundir los principios, derechos y el protocolo para la ejecución de procedimientos de allanamiento cuando estén involucrados niños, niñas y adolescentes tanto a los jueces con competencia para resolver asuntos de protección de niñez y adolescencia como a miembros de la DINAPEN. El Ministerio del Gobierno, además, capacitará a los miembros de la DINAPEN sobre la excepcionalidad del uso de progresivo de la fuerza, de acuerdo a lo establecido en esta sentencia y a lo establecido en instrumentos internacionales de derechos humanos y en las normas existentes en el sistema jurídico ecuatoriano.Entregar, por el impacto emocional y más daños inmateriales que provocó a los miembros de la familia, a Rosa y como medida de compensación, por equidad, la cantidad de dos mil dólares (USD 2.000). Para la entrega de esta compensación, el Ministerio prestará las facilidades que sean necesarias para que se haga efectiva la entrega, si fuere necesario incluso la apertura de una cuenta bancaria a su nombre.Cumplir estas medidas en el plazo de seis meses e informar, al fenecer el plazo, a la Corte.
FALLO	<ol style="list-style-type: none">Declarar que a Rosa y a sus hijos e hijas se les violó su derecho a la libertad, a la intimidad familiar y a la integridad física durante la ejecución del allanamiento domiciliario, y se afectó parcialmente el derecho a un debido cuidado institucional que fortalezca los vínculos familiares y se encamine a una adecuada reinserción familiar, y revocar la sentencia objeto de revisión.Disponer que esta sentencia, que reconoce el sufrimiento y la violación de derechos de Rosa y su familia, constituye una forma de reparación.Disponer que la Defensoría del Pueblo, a través de la delegación provincial que señalare para el efecto, cumpla con lo dispuesto en el párrafo 187 de esta sentencia.

ECUADOR



	<p>4. Disponer que el Ministerio de Inclusión Económica y Social, mediante delegación a quien corresponda, cumpla con lo dispuesto en el párrafo 188 de esta sentencia.</p> <p>5. Disponer que el Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional en coordinación con el Ministerio de Inclusión Económica y Social deberán cumplir con lo dispuesto en el párrafo 191 de esta sentencia.</p> <p>6. Disponer que el Ministerio de Gobierno cumpla con lo dispuesto en el párrafo 192 de esta sentencia.</p>
VOTACIÓN POR LA QUE FUE ADOPTADA	Aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con ocho votos a favor de los Jueces Constitucionales: Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez y Daniela Salazar Marín;
VOTOS CONCURRENTES O DISIDENTES:	Jueces Constitucionales: Enrique Herrería Bonnet (voto concurrente) y Hernán Salgado Pesantes (voto salvado)
OTROS DATOS DE INTERÉS: LINK DE LA CORTE CONSITUTIONAL	<p>http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidINzY5ZGRjOS0zYjMxLTRhMTMtYTFiYi01YTE4OWY0YjEyODAuGGRmJ30=</p> <p>Conforme la sentencia emitida por la Corte Constitucional, por parte del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda con fecha 19 de julio de 2022 calificaron a Rosa como beneficiaria de una vivienda en el Proyecto Urbanizado y para septiembre de 2022, obtuvo las llaves de su propia casa.</p>

Elaborado por:
Abg. Jean David Jaramillo

Revisado por
Dra. María Helena Villarreal.

Sentencia No. 202-19-JH/21
(Acogimiento institucional y hábeas corpus)
Juez ponente: Ramiro Avila Santamaría

Quito, D.M., 24 de febrero de 2021

CASO No. 202-19-JH

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

SENTENCIA

Revisión de garantías (JP)
Pobreza, acogimiento institucional y hábeas corpus

La Corte Constitucional revisa la acción de hábeas corpus, planteada por una mujer, madre, jefa de hogar de cinco niños y niñas, contra una orden de acogimiento institucional. El hábeas corpus no fue concedido en las dos instancias, por considerar que no se ha vulnerado el derecho a la libertad cuando se emite una medida de protección. La sentencia analiza el derecho a la intimidad familiar y el allanamiento y el derecho al cuidado institucional.

<u>I. Trámite ante la Corte Constitucional</u>	2
<u>II. Competencia</u>	3
<u>III. Hechos del caso</u>	3
<u>Contexto</u>	3
<u>Rosa y su familia</u>	6
<u>La familia y el Estado</u>	7
<u>El allanamiento</u>	11
<u>El acogimiento institucional</u>	12
<u>El hábeas corpus</u>	15
<u>La reinserción familiar y la vida después del acogimiento</u>	18
<u>IV. Análisis constitucional</u>	19
<u>1. ¿Existe privación de libertad cuando se ha dispuesto el acogimiento institucional como una medida de protección y cabe plantear el hábeas corpus?</u>	21
<u>2. ¿El acogimiento institucional fue una privación a la libertad ilegal?</u>	22
<u>3. ¿Cabe el hábeas corpus correctivo cuando se ha dispuesto el acogimiento institucional y cuál es su alcance?</u>	26
<u>El interés superior de los niños y niñas</u>	30



<u>El derecho al desarrollo integral</u>	30
<u>El derecho a ser escuchado</u>	31
4. Consideraciones adicionales	34
<u>Los derechos de los niños, niñas y adolescentes: la situación irregular y la protección integral de derechos</u>	35
<u>La prohibición de discriminación y la desigualdad estructural</u>	36
<u>El derecho a la libertad y a la excepcionalidad de la institucionalización</u>	37
5. La reparación integral	39
<u>V. Decisión</u>	42

I. Trámite ante la Corte Constitucional

1. El 18 de mayo de 2020, la Sala de Selección resolvió seleccionar el caso No. 202-19-JH (revisión de hábeas corpus) por cumplir con los parámetros de gravedad y novedad.¹
2. El 27 de mayo de 2020, el Pleno del Organismo sorteó la causa y correspondió su sustanciación al juez Ramiro Avila Santamaría. El 3 de agosto de 2020 avocó conocimiento de la causa y convocó a audiencia reservada a las personas e instituciones involucradas y notificó a las personas e instituciones involucradas en el caso².
3. El 13 de agosto de 2020 se realizó la audiencia reservada.³

¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), artículo 25.

² Se convocó a la audiencia reservada a Rosa Pérez Sigüencia, legitimada activa en la acción de hábeas corpus; al alcalde y procurador síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado de Azogues; al doctor Francisco Rodas, juez de la Unidad Judicial de la Familia, Niñez y Adolescencia de Azogues; al doctor Marlon Vélez Crespo, juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Azogues; a la Hermana Silvia Suárez como representante de la Fundación Hogar de Jesucristo; a la licenciada Luisa Quinteros, facilitadora Familiar de la Fundación Hogar de Jesucristo; a la licenciada Silvia Bustamante, trabajadora social de la Fundación Hogar de Jesucristo; a la psicóloga clínica Mayra Sucozhanay de la Fundación Hogar de Jesucristo; a la psicóloga clínica Maribel Ulloa Vanegas, del Departamento de Consejería Estudiantil de la Escuela "Dolores Sucre"; a la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Azogues; a la Procuraduría General del Estado; a los jueces de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Cañar y al Ministerio de Inclusión Económica y Social.

³ A la audiencia reservada comparecieron e intervinieron Rosa Pérez Sigüencia, su hija J.F. y su abogada defensora Ana Lucía Salinas; el doctor Santiago Ruilova, en representación de la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Azogues; el abogado Paúl Buestán en representación de la Hermana Silvia Suárez como Representante de la Casa de Acogida "Hogar de Jesucristo"; Silvia Bustamante, trabajadora social, de la Casa de Acogida "Hogar de Jesucristo"; Erika Pullas, psicóloga clínica de la Casa de Acogida "Hogar de Jesucristo"; Jessenia Narváez, facilitadora familiar de la Casa de Acogida "Hogar de Jesucristo", y el juez Víctor Zamora en representación de la Corte Provincial de Justicia del Cañar.



4. El 5 de noviembre de 2020, la Tercera Sala de Revisión, conformada por los jueces Ramiro Avila Santamaría, Teresa Nuques Martínez y Agustín Grijalva Jiménez, aprobó el proyecto de sentencia presentado por el juez sustanciador.

II. Competencia

5. La Corte Constitucional es competente para expedir sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante (precedente de carácter *erga omnes*), en todos los procesos constitucionales que llegan a su conocimiento a través del proceso de selección.⁴
6. En los casos de revisión, la Corte ha indicado que los términos establecidos en la ley⁵ son inaplicables cuando se encuentren daños ocasionados por vulneraciones de derechos constitucionales que no fueron adecuadamente reparadas y que subsisten al momento de dictar sentencia, porque impiden la eficacia de las garantías constitucionales y la tutela efectiva de las víctimas de violación de derechos.⁶
7. Para cumplir con el propósito de desarrollar los derechos y garantías mediante el proceso de revisión y garantizar la seguridad jurídica, la contradicción y, en general, el debido proceso en los casos de selección, la Corte debe precautelar los derechos de las partes intervinientes al momento de revisar las causas seleccionadas. Para el efecto, la Corte debe notificar a todas las partes procesales desde el avoco de conocimiento de la causa seleccionada, convocar a una audiencia en la que las partes serán debidamente escuchadas y restringir el análisis jurídico a los hechos del caso que han sido conocidos en sede jurisdiccional.⁷
8. Cuando transcurra un tiempo considerable entre la expedición de la sentencia ejecutoriada y la sentencia de revisión, la Corte deberá considerar con particular atención los efectos de la sentencia. En estos casos, la Corte expedirá jurisprudencia con efectos de carácter general. Cuando constata que perduran los efectos por la violación de derechos al momento de expedir sentencia, la Corte debe modular los efectos de la sentencia para el caso concreto y podrá establecer mecanismos de reparación adecuados al caso. Para lograr esos efectos, la norma contenida en el artículo 25 (6) de la LOGJCC es inaplicable cuando la Corte evidencie que, en un caso seleccionado, por una vulneración de derechos constitucionales, el daño subsista al momento de dictar sentencia o no ha sido adecuadamente reparado, por contravenir las normas recogidas en los artículos 3 (1), 11 (9) y 86 (1) (a) de la Constitución.⁸

⁴ Constitución, artículo 436 (6); LOGJCC, artículos 2 (3) y 25.

⁵ LOGJCC, artículo 25.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. 159-11-JH/19, párrafo 9.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. 159-11-JH/19, párrafo 10.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 159-11-JH/19, párrafo 11.



III. Hechos del caso

Contexto

9. Rosa Pérez Sigüencia (en adelante le llamaremos “Rosa”) y su familia pertenecen a un grupo de personas que están en circunstancias de vulnerabilidad por estar en una situación de extrema pobreza. Los hechos de este caso se comprenden de mejor manera si se los pone en un contexto más amplio: la exclusión social y las mujeres jefas de hogar.
10. La *exclusión social* hace referencia a los obstáculos que enfrentan determinadas personas para participar plenamente en la vida social y desarrollar todas sus capacidades, de forma temporal o duradera. Implica limitaciones sustanciales en el ejercicio de derechos, que se materializan en la dificultad de ejercer los derechos del buen vivir (derechos económicos, sociales y culturales), que se materializa en la falta de acceso a los bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades básicas, desde alimentos hasta salud, vivienda, derechos reproductivos, libertades, seguridad, justicia y participación. Estas dificultades para ejercer derechos impiden realizar el buen vivir o la vida en plenitud. La exclusión se agudiza cuando varios de estos factores confluyen. De ahí la necesidad de entender a la exclusión como un problema estructural y desde una perspectiva multidimensional.
11. Una de las formas de exclusión social se produce por el sistema económico y se conoce como pobreza. Ecuador tiene miles de personas que están en situación de pobreza y extrema pobreza.⁹ La pobreza multidimensional (educación, trabajo, seguridad social, salud, agua, alimentación, hábitat, vivienda y ambiente sano) también tiene niveles altos, que se acentúan en la zona rural.¹⁰
12. La exclusión afecta con particular intensidad a las mujeres, quienes dentro de un régimen patriarcal, son marginadas, discriminadas y asumen desproporcionadamente el rol de cuidado.¹¹ A partir del COVID-19, la pobreza se incrementó en Ecuador y a

⁹ A diciembre de 2019, la pobreza a nivel nacional fue del 25% y la pobreza extrema del 8.9%. En el área urbana la pobreza fue del 17.2% y la pobreza extrema del 4.3%. En el área rural la pobreza alcanzó el 41.8% y la pobreza extrema el 18.7%. El coeficiente de Gini a nivel nacional fue de 0.473%. La pobreza por necesidades básicas insatisfechas fue de 34,2% (21,4% en el área urbana y 61,6% en el sector rural). En INEC, *Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo. Indicadores de pobreza y desigualdad*, p. 21.

¹⁰ INEC, *Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo. Indicadores de pobreza y desigualdad*, p. 26: fue de 38,1% a nivel nacional, 22,7% en el área urbana y 71,1% en el sector rural.

¹¹ La exclusión tiene rostro de mujer: su contribución económica es subvalorada, realizan el 52% del trabajo mundial, pero sólo la tercera parte del mismo es pagada. Más de dos terceras partes de los 900 millones de personas analfabetas adultas en el mundo son mujeres; la mayoría de los 130 millones de infantes que carecen de acceso a la escuela primaria son niñas. Las mujeres adultas sufren de desnutrición en mayor cuantía que los hombres, persisten altas tasas de mortalidad materna en varias regiones del mundo, María del Carmen Zabala, *Jefatura femenina de hogar, pobreza urbana y exclusión social: Una perspectiva desde la subjetividad en el contexto cubano*, (CLACSO, 2009), p. 49.



nivel global¹² y en Ecuador.¹³ Además, la pandemia ha profundizado las desigualdades de género existentes¹⁴ y ha afectado de forma desproporcionada a ellas.¹⁵

13. De las personas pobres, muchas son *jefas de hogar*.¹⁶ Los hogares con jefatura femenina son más pobres en el sector rural¹⁷ y la tarea de cuidado a las personas dependientes es más difícil.¹⁸ Adicionalmente, las jefas de hogar pueden tener una historia de maternidad precoz e inestabilidad familiar que tiende a perpetuar la pobreza de una generación a otra,¹⁹ en muchos casos sus hijas o hijos son víctimas de violencias intrafamiliares, como destinatarios directos o secundarios a la violencia contra sus madres.²⁰ A esto se suman los estereotipos de género, ya que las jefas de hogar, que son madres solteras, deben cumplir múltiples regulaciones morales para acceder a ayudas materiales. No permitir que entren hombres a sus casas, no salir de sus casas por las noches, son normas utilizadas tanto por las instituciones como por

¹² Se estima que a nivel mundial entre 40 millones y 60 millones de personas se encuentran viviendo en pobreza extrema. En Banco Mundial, *Estimaciones actualizadas del impacto de COVID-19 en la pobreza mundial*, <https://blogs.worldbank.org/opendata/updated-estimates-impact-covid-19-global-poverty>.

¹³ La pobreza alcanzó los (\$ 2,83 diarios por persona), esto es el 50% de la canasta básica. Entre los efectos económicos está la reducción del Producto Interno Bruto de entre el 6% y el 9%. Se estima que la pobreza aumentaría entre 2,6 y 4,4 puntos porcentuales, lo cual equivale a 451.000 y 763.000 personas. Se esperaría que el porcentaje de personas en pobreza extrema aumente de 8,9% a 9,9% y 10, 6%; en pobreza de 25,0% a entre 27,6% y 29,4%.; y el porcentaje de personas que no cubren la canasta básica de 56,9% a 60,0% y 61,4%. En Andrés Mideros, "Covid -19: Estos son los escenarios en materia de pobreza y desigualdad", *Primicias*, <https://www.primicias.ec/noticias/firmas/covid-estos-escenarios-pobreza-desigualdad/>.

¹⁴ Hay más mujeres pobres que hombres pobres, más mujeres tienen trabajos informales y precarios, y son las que se encargan mayoritariamente de las labores de cuidado. En OXFAM, *El Coronavirus no discrimina, las desigualdades sí*, p.9, https://oi-files-d8-prod.s3.eu-west-2.amazonaws.com/s3fs-public/2020-03/Covid%2019%20en%20LAC_notia%20informativa_F_0.pdf.

¹⁵ El número total de mujeres y niñas que viven en la pobreza extrema aumentará a 435 millones, y las proyecciones muestran que este número no volverá a los niveles anteriores a la pandemia por lo menos hasta 2030. En ONU Mujeres, *La pandemia de COVID-19 ampliará la brecha de pobreza entre mujeres y hombres*, <https://news.un.org/es/story/2020/09/1479872>.

¹⁶ Al 2013, 1'069.988 mujeres eran jefas de hogar (25,6%, comparado con el 74,4% que representan 3'108.193 jefes de hogar). INEC, *Hablando de mujeres y estadísticas*, <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/camas/web-inec/Infografias/mujer-info001.pdf>, INEC, *Reporte de pobreza por consumo de Ecuador 2006-2014*, <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Bibliotecas/Libros/reportepobreza.pdf>, p. 130.

¹⁷ El acceso de las mujeres a empleos inferiores en el mercado laboral explica la mayor parte de las diferencias entre ingresos de los jefes y jefas de hogares CEPAL, *La vulnerabilidad de los hogares con jefatura femenina: preguntas y opciones de política para América Latina y El Caribe*, p.16.

¹⁸ CEPAL, *La vulnerabilidad de los hogares con jefatura femenina: preguntas y opciones de política para América Latina y El Caribe*, p.16.

¹⁹ CEPAL, *La vulnerabilidad de los hogares con jefatura femenina: preguntas y opciones de política para América Latina y El Caribe*, p.17.

²⁰ Valeria Llobet, "La niñez como peligro o el mundo como amenaza", en *Desigualdades de género en tiempos de COVID19 en la región*, (CLACSO, 2020), p.74.



las regulaciones de las vecindades, con enormes consecuencias en las posibilidades que las mujeres tienen para criar solas²¹.

14. Rosa es una de esas mujeres excluidas, en situación de pobreza, jefa de hogar, víctima de múltiples maltratos y violencias.

Rosa y su familia

15. Rosa es una mujer, madre soltera y jefa de hogar, tiene 39 años, vive en la provincia de Cañar, capital Azogues, en una comunidad rural (Buil Tabacay). A los nueve años quedó huérfana. No sabe leer ni escribir y tiene 54% de discapacidad intelectual.²²
16. Tiene una familia compuesta por tres hijas: Maya²³ (J.F.) de 13 años, E.S. de 6 años, M.E. de 1 año²⁴; y dos hijos: B.R. de 12 años y J.I. de 5 años²⁵. Según la psicóloga, "de los cinco niños, tres tienen trastornos psicológicos." Uno de ellos "tiene una discapacidad intelectual, tiene un diagnóstico presuntivo de autismo. El más pequeño tiene un diagnóstico de epilepsia, por lo que él ya ha sido internado en el hospital más de tres veces... También se presume de un trastorno conductual y un posible déficit de hiperactividad con atención.²⁶ De este último hijo, Rosa cuenta que "es enfermito mi guagua, rueda con ataques, no rodaba tanto pero ahora se rueda, se ríe y se rueda ya no es culpa mía, ya no es culpa mía..."²⁷.
17. Rosa vive en condición de pobreza. Para mantener su hogar, *dndaba lavando la ropita* de la gente del barrio. Para trabajar tenía que dejar a sus hijos e hijas en casa. Les decía: "Queden mijitos en casa para poder trabajar. Si yo estoy cruzada manos, quién me va a ayudar."²⁸ Con lo que le pagaban y también de lo que le regalaba la gente (en especial de su madrina), daba de comer a sus hijos e hijas: *pñancito, guineíto, frutitas, nunca me ha hecho faltar yendo a trabajar, así mismo vuelta, platita ya mandaba, 25 centavitos para un heladito, tengan mijitos, mis guaguas...*²⁹.
18. Se decía que vivía en muy malas condiciones, *que los niños estaban súper descuidados, sucios con olor a heces.*³⁰ Sin embargo, vive en "una casa antigua,

²¹ Valeria Llobet, "La niñez como peligro o el mundo como amenaza", en *Desigualdades de género en tiempos de COVID19 en la región*, (CLACSO, 2020), p.73.

²² Versión de Rosa Pérez Siguencia, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

²³ Nombre ficticio para proteger la identidad de la adolescente.

²⁴ En los informes psicosocial de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, de 22 de marzo de 2019, y el informe social de la Casa Hogar, de 24 de julio de 2019, se señaló que M.E. supuestamente fue entregada a Rosa, quien la acogió en su hogar sin ser su hija biológica.

²⁵ Las edades de los niños y niñas corresponden al año 2019, cuando fueron institucionalizados.

²⁶ Versión de Erika Pullas, actual psicóloga de la Casa Hogar, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

²⁷ Rosa Pérez Siguencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

²⁸ Rosa Pérez Siguencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

²⁹ Rosa Pérez Siguencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

³⁰ Ana Lucía Salinas, Defensora Pública del Cañar, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.



viejita de dos cuartos... Una casa pobre, muy pobre pero limpia³¹. La casa tiene un altar, con su santito, una mesa, una cocina, tres camas.³²

19. Rosa puso a sus hijos e hijas en la escuela: *"ya a los tres llevaba a la escuela, y venía llevando, ahora tengo cuatro en la escuela, el otro todavía es guagua"*³³. En la escuela le decían que sus hijos e hijas estaban descuidados. Ella piensa *que le decían yo mando con ropa sucia a todos los guaguas, yo nunca me he mandado con ropa sucia nada a mis hijos, he mandado con ropa limpia por mi pobreza.*³⁴
20. De la escuela, un día, llegó su hija golpeada. *"Dije al señor profesor: ¿qué le pasó con mi hija?, y no contestó el señor profesor... no me dijo nada, entonces mi hija estaba con bocado de sangre de la boca, yo me llevé a donde doctor: ¡ayúdeme!, no me quisieron ayudar doctores, nada, me dijeron que coja turno, me atrasaba al turno, yo lloraba diciendo que me ayuden.*³⁵ Otro día, sin explicarle, a sus hijos e hijas *"van llevando para Casa Hogar."*³⁶
21. Relata que desde niña fue víctima de abusos. Ha tenido varias parejas y también fue víctima de violencia intrafamiliar. *"Hablando la verdad, mi primer marido me maltrataba... fui acuchillada en espalda... por eso separé de mi primer marido tengo unas heridas en la espalda.*³⁷ La segunda pareja, J.B., es padre de los dos últimos hijos y de quien se separó después de algunos incidentes de maltrato y de una denuncia en su contra por abuso a su hija mayor.
22. Rosa es considerada *"una señora muy inestable, era una señora que no se dejaba ayudar, ella no entendía la situación... se recomendó acudir a un psicólogo...tal vez no sea culpa de ella, simplemente es el medio en el que ella vivió, porque recordemos que el carné de ella es del 54%, de ahí la mitad es el trastorno del ambiente social en el cual ella se desarrolló."*³⁸
23. Su hija mayor, Maya, según denuncias que se relatan a continuación y no se ha logrado demostrar judicialmente, muy posiblemente ha sido abusada sexualmente dos veces. Una vez por una persona de la comunidad y otra por el padrastro. Estos hechos provocaron la intervención estatal.

³¹ Ana Lucía Salinas, Defensora Pública del Cañar, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

³² Ana Lucía Salinas, Defensora Pública del Cañar, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

³³ La niña E.S. y el niño B.R., formaron parte del programa de Necesidades Educativas Especiales asociadas a discapacidad intelectual.

³⁴ Rosa Pérez Siguencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

³⁵ Rosa Pérez Siguencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

³⁶ Rosa Pérez Siguencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

³⁷ Rosa Pérez Siguencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

³⁸ Erika Pullas, actual psicóloga de la Casa Hogar, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.



La familia y el Estado

24. El 11 de mayo de 2015, Rosa presentó una denuncia en contra de C.S., por supuesta tentativa de violación hacia su hija Maya:

... mi hija empezó a tener fuertes dolores del estómago por eso la llevé donde un curandero, pero él me dijo que ese mismo rato le lleve al Centro de Salud...y allí los doctores me ayudaron, pero mi hija no se dejó...ella llorando me dice que un lunes cuando ha estado saliendo de la escuela...el señor [C.S.], quien vive en Leg Tabacay, ha salido detrás de un árbol donde ha estado escondido y él ha llevado a la fuerza a una chanchera abandonada, y...le ha bajado el pantalón y el interior a mi hija, él también se ha bajado el pantalón y se ha montado encima de ella, mi hija ha estado gritando...mi hija dice que no me ha contado porque [C.S.] ha dicho que si ella avisa nos va a mandar presos a ella, a mí y a toda mi familia.³⁹

25. El 4 de junio de 2015, la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Azogues ("la Junta") avocó conocimiento de la solicitud de protección de derechos presentada por Rosa, y dispuso que Maya reciba atención psicológica, que la escuela prohíba la entrada de particulares en horario de clase, y que tenga más control de sus estudiantes⁴⁰.
26. El 16 de febrero de 2016, el juez de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Azogues archivó la denuncia por no contar con elementos suficientes para deducir una imputación⁴¹. Rosa indicó que C.S. "nada tiene que ver con la denuncia que precipitadamente lo deduje... *la misma que no obedece a ninguna verdad, sino es el producto de la desesperación de mi persona y que escuchando consejos de terceros realicé esta queja.*"⁴²
27. Desde enero de 2017, el Ministerio de Inclusión Económica y Social realizó acompañamiento a Rosa y su familia, mediante visitas domiciliarias. En un informe destacó que "la familia se encuentra en situación de pobreza pues se evidencia la carencia de una casa... donde actualmente viven es prestada pero no reúne las condiciones necesarias para la subsistencia en particular de los niños"⁴³. Por tal motivo, solicitó a la Junta que intervenga.

³⁹ Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Azogues, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 78.

⁴⁰ Fiscalía Provincial del Cañar, Proceso No. 03010185050098, expediente reservado, fs. 18.

⁴¹ Fiscalía Provincial del Cañar, Proceso No. 03010185050098, expediente reservado, fs. 65.

⁴² Fiscalía Provincial del Cañar, Proceso No. 03010185050098, expediente reservado, fs. 60.

⁴³ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 55.



28. El 13 de febrero de 2017, el fiscal Provincial del Cañar solicitó al juez de la Unidad Judicial Penal de Azogues la reapertura del caso por considerar que existen méritos suficientes para que la causa prosiga⁴⁴.
29. Maya entró al Sistema de Protección de Víctimas y Testigos por tentativa de violación en el mes de marzo de 2017⁴⁵.
30. El 22 de noviembre de 2017, Silvia Serrano, analista provincial del Sistema de Protección de Víctimas y Testigos del Cañar, solicitó una visita técnica de la Junta para que verifique la situación de Maya y dicte las medidas de protección que se considere necesarias, pues se conocía que los hijos e hijas de Rosa supuestamente se extraviaron, mientras ella se encontraba en Machala por motivos de salud, *por lo que la protegida y sus hermanos podrían estar nuevamente en una situación de vulnerabilidad.*⁴⁶
31. El 6 de diciembre de 2017, Maribel Ulloa Vanegas, psicóloga clínica del Departamento de Consejería Estudiantil de la Escuela "Dolores Sucre", remitió el informe de seguimiento del caso de Maya a la Junta por la presunta infracción sexual y por supuesta violencia psicológica y negligencia por parte de su cuidadora:

La menor vive en un hogar de escasos recursos económicos y de una estructura disfuncional, los representantes no tienen educación académica y su lenguaje es poco fluido, confuso y en ocasiones incoherente...

La estudiante y sus hermanos menores pertenecen a un hogar desestructurado, con condiciones socioeconómicas bajas, los representantes no trabajan y no pueden cubrir a cabalidad con todas las necesidades de la estudiante...la menor es víctima de violencia psicológica y de negligencia por parte de sus cuidadores, debido a múltiples atenciones médicas que ha recibido...

*... los niños no están bien atendidos en varias áreas...se presentan con poca higiene, los uniformes suelen estar sucios. Se les ha visto comiendo alimentos en mal estado. No tuvieron la lista de útiles completa... por ayuda de otros padres de familia y docentes de la escuela se logró obtener los materiales necesarios.*⁴⁷

32. Por estos hechos, el informe recomendó cambio de ambiente familiar, terapia psicológica, seguimiento del desempeño académico y seguimiento del caso.

⁴⁴ Fiscalía Provincial del Cañar, Proceso No. 03010185050098, expediente reservado, fs. 72.

⁴⁵ Fiscalía Provincial del Cañar, Proceso No. 03010185050098, expediente reservado, fs. 81.

⁴⁶ Fiscalía Provincial del Cañar, Ficha de referencia No. 1 del Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros participantes del proceso penal, fs. 58.

⁴⁷ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 24 y 25.



33. El 8 de enero de 2018, el fiscal Provincial del Cañar solicitó el archivo de la causa por cuanto “de los informes psicológicos se evidencia que [Maya] no fue víctima de un delito sexual, sino que su entorno familiar pone en riesgo su integridad física y psicológica”⁴⁸.
34. El 15 de enero de 2018, la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Azogues ordenó el archivo de la causa y la remisión de copias del expediente a la Unidad de la Familia, Niñez y Adolescencia de Azogues para que se dicten medidas de protección a favor de Maya y sus hermanos, por la negligencia de los cuidadores⁴⁹.
35. El 13 de febrero de 2019, Maya, acompañada por su madre, presentó una denuncia ante la Fiscalía por supuesto abuso sexual contra su padrastro, J.B.
36. El 26 de febrero de 2019, Verónica Toledo, jueza de la Unidad Judicial Penal de Azogues, concedió las medidas de protección de prohibición al procesado de perseguir a la víctima, boleta de auxilio y orden de salida de la vivienda. Indicó que en caso de incumplimiento se sancionará con pena privativa de libertad de uno a tres años.⁵⁰
37. El 28 de febrero de 2019, Mónica Pesantez Ochoa, directora de la Escuela “Dolores Sucre”, presentó un informe dirigido a la Fiscalía Provincial de Cañar, en el que señala:

... la menor cuenta que... su madre la golpeó con una ~~coxa~~ *coxa reclamándole* por haber denunciado al padrastro... La niña se encuentra preocupada y temerosa por su seguridad y la de sus hermanos ya que el presunto agresor continúa viviendo en la casa y su madre no hace nada al respecto.⁵¹
38. El 19 de marzo de 2019, Karla Narváez Muñoz, fiscal Provincial del Cañar, puso en conocimiento de la Unidad Judicial de la Familia del cantón Azogues el presunto hecho de violencia psicológica por parte de Rosa contra Maya, y solicitó la intervención del Equipo Técnico y que se dicten las medidas de protección que amerite.⁵²
39. El 20 de marzo de 2019, Margarita Matute Altamirano, jueza de la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Azogues, ordenó como medida de protección la prohibición a la agresora de proferir amenazas en forma

⁴⁸ Fiscalía Provincial del Cañar, Proceso No. 03010185050098, expediente reservado, fs. 128.

⁴⁹ Fiscalía Provincial del Cañar, Proceso No. 03010185050098, expediente reservado, fs. 132v.

⁵⁰ El tipo penal corresponde al artículo 282 del COIP. Unidad Judicial Especializada de Violencia Contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar, Proceso No. 03283-2019-00255G, por contravención de violencia intrafamiliar. Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 79.

⁵¹ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 77.

⁵² Unidad Judicial Especializada de Violencia Contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar con sede en el cantón Azogues, Proceso No. 03U02-2020-00015G, expediente reservado, fs. 18.



directa o indirecta contra la víctima y dispuso la intervención de la trabajadora social para que brinde acompañamiento a Maya⁵³.

40. El 22 de marzo de 2019, en el informe psicosocial de la Unidad se concluyó que:

Al entrevistar a la adolescente... sobre la posibilidad de un internamiento en alguna casa hogar, ella mostró una marcada tristeza y hasta llanto, indicando que no quería dejar su casa, hermanos y madre... Con respecto[al acogimiento familiar] es muy temprano para tomar una decisión de esta naturaleza... no existe hasta ahora algún familiar acogiente idóneo que pueda asumir el cuidado y protección de la adolescente.

Por la limitada situación cultural, económica, emocional y psicológica de la madre, se hace difícil que al menos por ahora la madre pueda someterse a algún tratamiento psicológico y más aún se ve obligada a trabajar todo el día cuidando a un adulto mayor, siendo el único ingreso con el que cuenta, por lo que se hace necesario... visitas semanales... que la podría realizar el equipo técnico...⁵⁴.

41. El 25 de marzo de 2019, la jueza Margarita Matute Altamirano dispuso que el Equipo Técnico de la Unidad dé seguimiento una vez por semana al proceso, para la rectificación de las conductas de maltrato.⁵⁵

42. El 1 de mayo de 2019, el Equipo Técnico de la Unidad señaló en su informe que la pareja de Rosa ya no vive con ella, que la apariencia y aseo personal de Maya ha mejorado, recomendó acompañamiento psicológico, e indicó que:

*... preocupa por demás el hecho de que no es tan solo la ~~disfuncionalidad~~ familiar, la negligencia y maltrato lo que afecta a la familia...sino sus **condiciones socioculturales y económicas, las cuales son bastante deficientes, es visible la pobreza en la que viven, pues por más que la madre haga esfuerzos por trabajar en lo que sea, cualquier ingreso es mínimo ya que no le permite cubrir los gastos de manutención, es decir no solo es la negligencia lo que afecta a la familia ya que a ello se suma su extrema pobreza**⁵⁶ (énfasis en el original).*

El allanamiento

⁵³ Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Azogues, Proceso No. 03283-2019-00255G, expediente reservado, fs. 20.

⁵⁴ Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Azogues, Proceso No. 03203-2019-00035G, expediente reservado, fs. 112.

⁵⁵ Unidad Judicial Especializada de Violencia Contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar con sede en el cantón Azogues, Proceso No. 03U02-2020-00015G, expediente reservado, fs. 28.

⁵⁶ Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Azogues, Proceso No. 03203-2019-00035G, expediente reservado, fs. 122v.



43. El 10 de mayo de 2019, la Junta indicó que los niños y niñas se encuentran en riesgo porque “por reiteradas ocasiones nos han remitido informes [que] *dan a conocer... queda madre parece ser una influencia negativa, pues es negligente ya que en ocasiones no acude a las citas programadas... los niños no están bien atendidos... presentan poca higiene, se les ha visto comiendo alimentos en mal estado*”⁵⁷, y solicitó a la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Azogues que se conceda la orden de allanamiento del domicilio de Rosa, para que agentes de la Dirección Nacional de Policía Especializada para Niños, Niñas y Adolescentes (“DINAPEN”) puedan dar cumplimiento al acogimiento institucional de los cinco niños y niñas.
44. El mismo día, el juez de la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia de Azogues, Francisco Rodas Cabrera, mediante providencia, señaló que “Conforme lo resuelto y solicitado por la Junta... de acuerdo a lo que establece el Art. 79, numeral 1 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se dispone el allanamiento del inmueble [para que los hijos e hijas de Rosa] *sean rescatados y trasladados al Hogar de Jesucristo*”⁵⁸.
45. Las decisiones sobre las medidas no le fueron informadas a Rosa: *No he sabido nada... no he sabido... yo no he consentido nada no me explicaron.*”⁵⁹
46. El 12 de mayo de 2019, día domingo, a las 19h45, agentes uniformados de la DINAPEN⁶⁰ allanaron el domicilio de la familia. Así lo percibió Rosa:
- ... Dos policías, de una patada a la puerta... Mis guaguas fueron escapando del carro de la policía...⁶¹ *a la fuerza sacan a mis hijos a jalones, los mayores intentan escapar... después de casi una media hora logran encontrarlos y a la fuerza, incluso con un golpe en la cara a mi hijo (B.R), los someten y los ingresan al patrullero, ante el llanto y desesperación de mis hijos yo me subí con ellos, después de varias vueltas por la carretera pretendiendo que los niños se tranquilicen, nos dirigimos a Zhullin a la Institución Hogar de Jesucristo, lugar donde los dejaron, y por eso supe en donde estaban, pues nunca se me informó en absoluto nada.*”⁶²
47. Los hijos e hijas de Rosa no entendieron qué pasó aquella noche. Uno de ellos *ahora me dice: mami, por qué me hizo esto.*”⁶³ Rosa lloró y sus hijos e hijas también... *“mijita queda llorando ...[la más pequeña] sin teta, lloraba tanto...”*⁶⁴

⁵⁷ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 5.

⁵⁸ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 7.

⁵⁹ Rosa Pérez Siguencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁶⁰ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 9.

⁶¹ Rosa Pérez Siguencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020; Maya, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁶² Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 1.

⁶³ Rosa Pérez Siguencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.



48. Maya recuerda que esa noche se iban a bañar cuando llegó la policía. *Nada nos dijo, solo dijo suban al carro. Yo no me fui porque daba miedo.*⁶⁵ Ella y sus hermanos lloraban. No explicaron nada.
49. A Rosa seguían sin explicarle. Desde su mirada, “no sabía nada porque igual no sé, yo no sé nada ni porqué llevaron...”⁶⁶
50. El 14 de mayo de 2019, la DINAPEN informó que “referente a [Maya] *no se pudo realizar el rescate en virtud que la adolescente ingresó al cuarto y se encerró con seguro... pero el día de hoy... acude voluntariamente en compañía de su madre y es ingresada en la casa de acogida.*”⁶⁷ Rosa explicó que “se queda ahí para cuidarles a los hermanos.”⁶⁸

El acogimiento institucional

51. A los hijos e hijas de Rosa le trasladaron a la Casa de Acogida Hogar de Jesucristo (en adelante “Casa de Acogida”).
52. La Casa de Acogida recibe a los niños y niñas cuando hay una decisión de autoridad competente y para proteger los derechos de los niños y niñas cuando *existe una vulneración al exterior... al ponerlos en acogimiento institucional se está evitando que sigan vulnerando sus derechos*⁶⁹ La Casa de Acogida cuenta con profesionales, auxiliares de cocina y limpieza y, según cuenta la facilitadora del centro, se basa en los lineamientos del MIES. Tiene una capacidad para veinticinco niños. El MIES cubre la alimentación por cada niño o niña.
53. La trabajadora social de la Casa de Acogida, cuando llegaron los niños y niñas, afirmó que “*presentaban ciertas complicaciones, hablamos conductuales, hablamos de su aseo personal no era de manera adecuada...no disponían de cédulas de identidad*”⁷⁰ ... *los niños sufren complicaciones de la salud bastante fuertes...*”⁷¹.
54. Las visitas eran restringidas. “*La señora venía absolutamente las primeras semanas todos los días...Nosotros como casa de acogida, tenemos normas y reglas, dentro de la casa hay días que son permitidas las visitas, porque tampoco vamos a permitir*

⁶⁴ Rosa Pérez Sigüencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁶⁵ Maya, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁶⁶ Rosa Pérez Sigüencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁶⁷ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 10v.

⁶⁸ Versión de Rosa Pérez Sigüencia, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁶⁹ Versión de Paúl Buestán, abogado de la Casa de Acogida Hogar de Jesucristo, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁷⁰ Los niños y niñas en la actualidad ya tienen cédula de ciudadanía conforme consta en el expediente constitucional.

⁷¹ Versión Silvia Bustamante, trabajadora social de la Casa de Acogida, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.



que todos los días, porque interrumpen el trabajo que todos los tutores... las visitas serían los días viernes a las dos de la tarde... apenas llegaba diez minutos...no pasaba mucho tiempo con los niños." ⁷²

55. Desde la comprensión de la madre, le dejaban ver una vez al mes, "una horita". ⁷³ Le dijeron que tenía que visitar los días viernes, durante *máximo de media hora, y condicionado a no quedarse sola con sus hijos.* "Un día, incluso, "no se le permitió realizar la visita, exigiéndole orden judicial." ⁷⁴

56. Las visitas, según su abogada:

... Le permitían luego les negaban, el problema de las visitas también es que les hacían unas visitas pero con los psicólogos encima cuidándoles, o sea nunca le dejaban que ella esté sola con los guaguas y que tampoco les amarque, ni les toque ni nada, ella es una persona con discapacidad, entonces habían peleas entre Rosa Margarita y las cuidadoras siempre, igual que con las profesoras de la escuela, ellas no entienden las limitaciones que tiene la Rosita, entonces siempre es víctima de maltrato, y ella es también a veces agresiva por la misma discapacidad. Entonces siempre hay problemas. Sí les debe haber visto más veces, en ocho meses antes les permitían una vez por semana pero así mismo tiempo limitado. Luego en esa época que prohibieron las visitas yo me fui brava y le hice entrar. Sí les debe haber visto unas tres o cuatro veces al mes." ⁷⁵

57. Según Rosa, sus hijos e hijas eran maltratados en la Casa de Acogida. ⁷⁶

58. Mientras se hacían los trámites judiciales, Rosa intentaba visitar a sus hijos e hijas. *"Y yo andaba todos los días por ver a mis hijos. –Señora, me dijo –súbete de aquí la terraza y ve a tus hijos. Ahí avancé a ver que le estaban pegando, un joven ha estado pegando a mi hijo un patazo le metió en el pecho, yo me grité de una casa de una señora, yo le grité, yo le dije: no lo pegue así..."⁷⁷*. Ese día bajó a verles, no le dejaron entrar pero pudo hablar con su hijo:

⁷² Versión Silvia Bustamante, trabajadora social de la Casa de Acogida, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁷³ Versión de Rosa Pérez Sigüencia, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁷⁴ Ana Lucía Salinas, Defensora Pública del Cañar, escrito de 10 de agosto de 2020.

⁷⁵ Ana Lucía Salinas, Defensora Pública del Cañar, escrito de 10 de agosto de 2020.

⁷⁶ *...encontré roto el ojo, mi[J.I.] roto la boca, hasta aquí ha estado una lacra, así mi Jhonnatan, tiene bastante lacra, me dijo que ha caído del carro, pero mijo me contesta, es guagua todavía, pero dice –mami, no es caído del carro, a mí me pegó, a mí por hacer una travesura me pegó, me castigaron. Entonces mijo piensa que yo me voy a tratar mal –mami– dice –yo me hice una pequeña travesura– llora él, dice –yo me hice un pequeño travesura mami, no me tratarás mal, no me dejarás sin comida como me han dejado otros sin comer, por tres días no me daban de comer, han sabido amarrar la mano a mijo, conversa así mi [J.I.] y pone a llorar, él recuerda todo y pone a llorar cada vez.* Versión de Rosa Pérez Sigüencia, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁷⁷ Versión de Rosa Pérez Sigüencia, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.



- *Mijo porqué te pegan a vos.*
- *Mami -dice –sácame de aquí.*
- *Pero si no hay cómo sacar mijito.*
- *Mami no me dan de comer nada, mis hermanos están maltratados, mami ayúdeme, sáquenlos de aquí.*⁷⁸

59. Maya recuerda que en el Centro se levantaban temprano, les daban café, había personas bravas, que a veces les gritaban, a veces les pegaban *trando las manos para atrás y aplastando.*⁷⁹

60. En la Casa de Acogida, después de las visitas de Rosa, sus hijos e hijas se entristecían. *“Llegaba la señora, para saludarles y cuando se iba se quedaban llorando, en una inestabilidad profunda. Y era también consecuencia porque teníamos otros niños por quien velar, por quien cuidar nosotros.”*⁸⁰ La madre, por su parte, *“supuestamente tiene depresión a raíz de que los niños se fueron de la Casa.”*⁸¹ Es que *“obviamente había el vínculo de madre e hijos, nadie lo puede negar esa situación...”*⁸²

61. Las personas profesionales de la Casa de Acogida intentaron trabajar en la reinserción familiar, *“pero no hubo cómo, no aceptaba la situación de que tenía que asistir a terapia.”*⁸³ Asistió contra su voluntad a las terapias. Buscaron otros referentes familiares para una posible reinserción. Pero vino la orden judicial de reinserción. *“La situación de que se quedó a medias nuestro trabajo. Los niños fueron dados de reinserción, algo que nosotros no queríamos, porque... había avances bastante fuertes con los niños...”*⁸⁴

62. Rosa pensaba que en el Centro de Acogida, *“nos hemos robado a los hijos”*⁸⁵.

El hábeas corpus

63. Rosa no sabía qué hacer ni a quién acudir. Le dijeron que necesitaba un abogado. *“Yo andaba diciendo ayúdeme, no sabía nada, hablando la verdad no sabía, una señora me encuentra ahí en parque, me dice:*

⁷⁸ Versión de Rosa Pérez Sigüencia, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁷⁹ Maya, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁸⁰ Versión Silvia Bustamante, trabajadora social de la Casa de Acogida, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁸¹ Versión Silvia Bustamante, trabajadora social de la Casa de Acogida, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁸² Versión Silvia Bustamante, trabajadora social de la Casa de Acogida, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁸³ Versión Silvia Bustamante, trabajadora social de la Casa de Acogida, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁸⁴ Versión Silvia Bustamante, trabajadora social de la Casa de Acogida, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁸⁵ Erika Pullas, actual psicóloga de la Casa Hogar, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.



- *Mija ¿qué le pasó? –yo lloraba–, ¿qué le pasó?*
- *Mis hijos se fueron llevando, yo no sé por qué, ayúdeme.*
- *Vamos para conversar –Y me fue dejando aquí con la señora Anita.*
- *Pero ¿sí me ayudará?*
- *Si va a ayudar...no te preocupes por tus hijos, sí van a salir.*⁸⁶

64. El 28 de mayo de 2019, Rosa, a través de la Defensoría Pública, solicitó al juez que levante la medida de institucionalización y el retorno inmediato de sus hijas e hijos. Rosa le dijo al juez “no es tus hijos, señor juez... si son mis hijos, acaso yo no he dado a luz, usted no me ha ayudado en mis dolores, son mis hijos, déjenme ver a mis hijos...tenga la bondad de devolver a mis guaguas.[el juez] *no quiso saber nada, no quiso saber nada de mí, no quiso saber nada...*”⁸⁷

65. En dicha solicitud la abogada sostuvo que:

*Su autoridad se limita a disponer medidas de protección de tal envergadura... simplemente argumentando de conformidad a lo resuelto y solicitado por la Junta, sin realizar un análisis prolijo... sin que medie una investigación, sin que exista evidencia del maltrato... sin especificar el tiempo de duración de estas medidas... hasta el día de hoy su autoridad no ha dispuesto se cite a los padres... para que ejerzan su defensa.*⁸⁸

66. Al día siguiente, la solicitud fue declarada improcedente, el juez se inhibió de conocer la causa y señaló que el caso se encuentra bajo competencia de la Junta. Rosa solicitó nuevamente la revocatoria de la medida y recalcó, mediante su abogada, que:

*...su autoridad avocó conocimiento, asumió la competencia para conocer y resolver, el inhibirse es violentar el debido proceso, y los derechos de los adolescentes y niños, quienes están retenidos, privados de su libertad y alejados de su hogar, por orden judicial de su autoridad, por tanto el único que puede disponer la inmediata revocatoria de tales medidas y la devolución de los menores a su hogar, no es otro que usted.*⁸⁹

67. El 31 de mayo de 2019, el juez de la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia de Azogues (en adelante “el juez”), Francisco Rodas Cabrera, negó la solicitud de revocatoria y sostuvo que:

[los hijos e hijas de Rosa] no se hallan PRIVADOS DE LA LIBERTAD...sino que se encuentran bajo protección del Estado, por disposición de la Junta

⁸⁶ Versión de Rosa Pérez Sigüencia, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁸⁷ Versión de Rosa Pérez Sigüencia, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

⁸⁸ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 18.

⁸⁹ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 21.



Cantonal de Protección de Derechos... no se puede revocar algo que el suscrito no ha dispuesto⁹⁰ (énfasis en el original).

68. El 3 de junio de 2019, Rosa Margarita Pérez Sigüenza presentó una acción de hábeas corpus⁹¹ en contra del juez que ordenó el allanamiento, la Junta y el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Azogues⁹², entre otras cosas, enfatizó que:

...en una de mis visitas...(E.S) estaba con el brazo roto...y mi hija (M.LI) tenía la cabecita rota.⁹³

...es necesario agotar un procedimiento de investigación... que justifique la necesidad de esta medida, la ineficacia de otras medidas y la imposibilidad de un acogimiento familiar.⁹⁴

69. Simultáneamente, la coordinadora de la Casa Hogar de Jesucristo emitió un informe psicosocial señalando que " ...al tener una conversación privada con [Maya] aceptó quedarse en nuestra institución. [Es] necesario que los NNA permanezcan en la casa de acogido (sic) hasta que se aclare la situación legal de su madre y conviviente⁹⁵.

70. El 10 de junio de 2019, el juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Azogues, Marlon Vinicio Velez Crespo, negó el hábeas corpus y recalcó que "se ha confundido completamente lo que es el hábeas corpus con una medida [de] protección de derechos a los niños...lo que corresponde es conocer si dichos menores se encuentra[n] o no privados de la libertad en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, y obviamente no están privados de la libertad, sino con una orden de medidas de protección⁹⁶. Rosa apeló.

71. El 2 de julio de 2019, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar (en adelante "la Corte Provincial") confirmó la sentencia subida en grado y manifestó que:

El derecho a tener una familia y no ser separado de ella ha sido garantizado, en lugar de vulnerado, por las actuaciones tanto administrativas de la Junta

⁹⁰ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 22.

⁹¹ Proceso signado con el No. 03203-2019-00581.

⁹² En la demanda alegó que sus hijas e hijos están privados de la libertad de forma arbitraria, en virtud de una medida de protección de acogimiento institucional que carece de temporalidad, lo cual coloca a los menores de edad en una situación de limbo jurídico. Solicitó que se declare la violación al debido proceso en la orden de allanamiento y acogimiento institucional y como medida de reparación se disponga la inmediata libertad de sus hijas e hijos.

⁹³ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 109.

⁹⁴ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 2.

⁹⁵ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 19-21.

⁹⁶ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 122v.



Cantonal como la jurisdiccional tomada por el señor Juez que otorgó dichas medidas... esta acción no solamente pretende ignorar los derechos de los niños, sino también el trámite que ha previsto la legislación ecuatoriana, para su aplicación y la forma y momento [para] terminar estas medidas...En conclusión... no existe la vulneración del derecho a la libertad⁹⁷.

72. El 26 de julio de 2019, Rosa presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por la Corte Provincial y señaló que “es necesario un *pronunciamiento constitucional que esclarezca la procedencia de la garantía jurisdiccional del hábeas corpus, en casos como el que nos ocupa*⁹⁸. La demanda fue inadmitida por la Corte Constitucional porque “no señala de manera clara las *presuntas vulneraciones a los derechos de los menores de edad en la sentencia impugnada, sino únicamente se limita a mencionar los antecedentes del caso*⁹⁹. El proceso fue remitido a la Sala de Selección para desarrollar jurisprudencia vinculante.
73. El 30 de julio de 2019, Mayra Sucozhañay, psicóloga de la Casa Hogar, en su informe señaló que i) los niños y niñas deben permanecer en la casa de acogida, hasta que se resuelvan los procesos en Fiscalía y se identifique un familiar idóneo para iniciar un proceso de reinserción, ii) se continúe la coordinación con el Departamento de Consejería Estudiantil (DECE) y Fiscalía, iii) se realicen intervenciones individuales a los niños y niñas una vez por semana, iv) se continúe la coordinación con el departamento de psiquiatría del centro de salud, y v) no es oportuno las visitas de los familiares ya que generan un riesgo para la adolescente¹⁰⁰.
74. El 15 de agosto de 2019, el juez dispuso la intervención del equipo técnico de trabajo del Consejo de la Judicatura y prohibió las visitas a Rosa.¹⁰¹
75. El 12 de septiembre de 2019, levantó la prohibición de visitas en atención a las recomendaciones del Consejo de la Judicatura¹⁰².

⁹⁷ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 140.

⁹⁸ Corte Constitucional, demanda de acción extraordinaria de protección, Caso No. 2257-19-EP.

⁹⁹ Corte Constitucional, Auto de admisión, Caso No. 2257-19-EP.

¹⁰⁰ Unidad Judicial Especializada de Violencia Contra la Mujer o Miembros del Núcleo Familiar con sede en el cantón Azogues, Proceso No. 03U02-2020-00015G, expediente reservado, fs. 89.

¹⁰¹ Memorial de Ana Lucía Salinas, defensora pública de Rosa Margarita Pérez Sigüencia, 9 de septiembre de 2020.

¹⁰² El Consejo de la Judicatura recomendó i) el acogimiento familiar de los niños y niñas a cargo de su tía materna Natividad Pérez, hasta que Rosa cumpla con las recomendaciones emitidas; para lo cual el Equipo Técnico de la Casa Hogar elaborará y ejecutará el Plan Global Familiar y Comunitario en un tiempo no mayor a tres meses; ii) la disposición al Equipo Técnico de la Casa Hogar para que dé seguimiento del proceso desarrollado y la celeridad para investigar referentes familiares para lograr la reinserción de los menores de edad; iii) la disposición al Consejo Cantonal de Protección de Derechos de Azogues la activación del Sistema Integral de Protección de Derechos de la red de salud pública para que los menores de edad cuenten con diagnóstico



76. Durante el trámite jurisdiccional, hubo varias tensiones relacionadas con el rol que debería tener la Defensoría Pública. Se dijo, por ejemplo, por parte del juez que "...su madre [y] su defensora, deberían colaborar para tal objetivo y no obstaculizar el trabajo en bienestar del desarrollo integral de los menores", que se "se hace conocer de la actitud incorrecta de la defensora Pública...contra los funcionarios de la Institución de acogida, por lo que se llama la atención a fin de que rectifique su proceder, sin perjuicio de hacer conocer al Defensor Público Nacional"¹⁰³, que interpone recursos con claro afán de continuar fastidiando¹⁰⁴, que "la defensa...ha pretendido imponer su voluntad."¹⁰⁵

La reinserción familiar y la vida después del acogimiento

77. Después de varias actuaciones procesales, en audiencia de 19 de diciembre de 2019, el juez de primera instancia dispuso que "es el momento que los adolescentes y niños retornen a su hogar con su madre"¹⁰⁶. Según la abogada defensora, *el juzgador quiso escuchar a la madre, le preguntó si tiene a dónde llevarlos a sus hijos, y si está dispuesta a atenderlos, por supuesto que Rosa Margarita expreso a viva voz y entre lágrimas que sí, que por favor les devuelva a sus hijos.*"¹⁰⁷ Según Rosa el juez dijo: ya podemos entregar a los guaguas. Yo no creí...yo no creí que me van a entregar a mis hijos, yo no creí..."¹⁰⁸.

78. En la actualidad, Rosa vive con sus cinco hijos e hijas. Señala que está cansada de pedir justicia, que no quiere que los policías se los vuelvan a llevar.¹⁰⁹ Sus hijos e hijas tienen miedo de que les vuelva a suceder algo parecido. Uno de sus hijos le dijo a Rosa: "Ahora yo ya no quiero saber de psicólogo, mami, porque otra vez me van a llevar, me habla con un sufrimiento, mejor me voy a morir ahorcando me dijo, señor juez, y yo le dije: no mijo, no va a pasar nada, de aquí ya no... mucho me pegan, dice, en Casa Hogar, mami. Me dejaron sin comida, no me dieron de comer, mami."¹¹⁰

un proceso de psicoeducación; y iv) disponga al Ministerio de Inclusión Económica y Social la revisión y análisis del Registro Social, para que pueda acceder al Bono de Desarrollo Variable.

¹⁰³ Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Azogues, Juicio No. 03203201900067G.

¹⁰⁴ Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Azogues, Juicio No. 03203201900067G.

¹⁰⁵ Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Azogues, Juicio No. 03203201900067G.

¹⁰⁶ Memorial de Ana Lucía Salinas, defensora pública de Rosa Margarita Pérez Sigüencia, 9 de septiembre de 2020.

¹⁰⁷ Ana Lucía Salinas, Defensora Pública del Cañar, escrito de 10 de agosto de 2020.

¹⁰⁸ Rosa Pérez Sigüencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

¹⁰⁹ Versión de Rosa Pérez Sigüencia, audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

¹¹⁰ Rosa Pérez Sigüencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.



79. Los hijos e hijas de Rosa tienen miedo a las instituciones del Estado. *“Mis hijos ponieron llorar tristeza, veían carro de policías y corrían al bosque a esconderse, decían que venían a llevar, tenía muchos traumas.”*¹¹¹ Rosa manifiesta que tiene miedo a los psicólogos y a los jueces. Cuando le llamamos a audiencia pensó: *“me va a tratar mal el señor juez.”*¹¹² También tiene miedo que le vuelvan a quitar a sus hijos e hijas. En la escuela, *“una señorita entra bravísima, dice –de nuevo voy a mandar a guaguas a Casa Hogar porque no ha hecho deberes... porque manda con zapatos viejos. Yo digo: por mi pobreza mando con zapatos viejos, pero sí está limpio... yo tengo miedo para reuniones, yo no me voy a ir a presentar, yo no quiero dar, yo no voy a ir a presentar. La profesora me trata mal.”*¹¹³
80. Maya no quiere volver al Centro e indica que *“quiero estar con mi mami.”*¹¹⁴ Ha conocido muchos psicólogos, de la fiscalía, de la Casa Hogar, de la Junta Cantonal, del Consejo de la Judicatura. No le gustan los psicólogos.¹¹⁵
81. Rosa, cansada y enferma, tiene esperanza en la vida:

*...yo tengo el Señorcito de la Justicia, y digo: Señor, ayúdame a caminar, estoy enferma, digo, ayúdame caminar, soy enferma, así digo, ayúdame.*¹¹⁶

IV. Análisis constitucional

82. La pobreza como telón de fondo, y todos los efectos que tiene en la vida de una persona, requieren mucho más que una sentencia. Además, el derecho y la misma Corte tienen limitaciones que dificultan hacer justicia en todos y cada uno de los aspectos del caso. Las limitaciones comienzan con el alcance de la acción de hábeas corpus y terminan con la necesidad de medidas estructurales que deben tomar actores que no han intervenido en el caso. Sin embargo, la Corte hace el esfuerzo por comprender la complejidad del caso y dar respuestas dentro del marco de la garantía de hábeas corpus.
83. La Constitución establece que el hábeas corpus *“tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.”*¹¹⁷
84. La ley desarrolla normativamente el objeto del hábeas corpus *“proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o*

¹¹¹ Rosa Pérez Siguencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

¹¹² Rosa Pérez Siguencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

¹¹³ Rosa Pérez Siguencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

¹¹⁴ Maya, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

¹¹⁵ Maya, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

¹¹⁶ Rosa Pérez Siguencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.

¹¹⁷ Constitución, artículo 89.



*restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, tales como...*¹¹⁸ La ley abre la posibilidad al análisis a los *derechos conexos*, que incluye a todos los derechos afectados mientras una persona está privada de libertad y que no sean los que razonablemente se limitan por la situación de encierro. Por ello la ley ejemplifica situaciones que son objeto de esta garantía cuando expresa *tales como* la tortura, la incomunicación, tratos indignos. La jurisprudencia ha añadido, dentro de esas posibilidades ejemplificativas, la falta de atención adecuada al derecho a la salud¹¹⁹.

85. De la norma constitucional se desprende que el hábeas corpus protege a las personas privadas de libertad, al menos, en dos circunstancias: (1) cuando una persona está privada de libertad de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, hay una violación al derecho a la libertad de movimiento, y lo que procede es disponer su inmediata libertad; (2) cuando una persona está privada de libertad de forma legal y legítima, hay violaciones a derechos que se producen por las condiciones de privación de libertad, y lo que procede es reparar por esas violaciones.
86. En el primer caso (1), el objeto del hábeas corpus es el derecho a la libertad y la finalidad es recuperarla, como cuando una persona ha sido detenida sin boleta ni en flagrancia, o restringir las limitaciones a la privación de libertad, como cuando una persona ha cumplido todos los requisitos para obtener la prelibertad y arbitrariamente no le conceden. El juez o jueza que conoce el hábeas corpus debe i) verificar si la privación de libertad es ilegal, arbitraria o ilegítima y ii) analizar el momento de la privación de libertad.¹²⁰
87. El *momento* de la privación de libertad es cuando se produce el primer contacto entre los agentes del Estado, o quienes privan de la libertad, y la persona. Este momento debe ser respetuoso de la dignidad y debe cumplir con los procedimientos legales, tales como la exhibición de la boleta si fuere el caso y con la información sobre los derechos de la persona privada de libertad.
88. La privación *ilegal* de la libertad puede ser material y formal. *Material* cuando no hay *"estricto apego a las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley"*¹²¹; *formal* cuando se incumplen los requisitos y procedimientos establecidos en la ley. La privación *arbitraria* de la libertad se produce cuando, a pesar de cumplirse las normas legales, *"se ha realizado utilizando causas y métodos que puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos humanos del individuo."*¹²²

¹¹⁸ LOGJCC, artículo 43.

¹¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia 209-15-JH/19.

¹²⁰ Corte Constitucional, Sentencia No. 207-11-JH/20, párrafo 31.

¹²¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 207-11-JH/20, párrafo 35.

¹²² Corte Constitucional, Sentencia No. 207-11-JH/20, párrafo 40.



89. En el segundo caso (2), que se ha denominado *hábeas corpus correctivo*¹²³, el objeto del hábeas corpus son los derechos *en* la privación de libertad y la finalidad es garantizar los derechos conexos que se vulneran gravemente durante la privación de libertad, como privar de alimentos a una persona, no brindar atención oportuna de salud a personas enfermas que podrían conllevar al deterioro de salud o a la muerte, disponer la incomunicación. La privación a la libertad conlleva a limitaciones inevitables a otros derechos, tales como a la vida familiar, la privacidad, el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía. Esas restricciones y limitaciones serán justiciables mediante la garantía de hábeas corpus cuando no fueren razonables o si producen efectos o daños graves al titular de derechos. El juez o jueza que conoce el hábeas corpus debe verificar las vulneraciones a derechos producidas durante la privación o restricción a la libertad y *"efectuar un análisis más amplio de todo el proceso de privación de libertad."*¹²⁴
90. En este sentido, una privación o restricción a la libertad que formalmente en un inicio es constitucional, porque hay boleta, auto de prisión preventiva, sentencia condenatoria, orden de acogimiento institucional, *pluede convertirse en ilegal, arbitraria o ilegítima, o ser implementada en condiciones que amenacen o violen los derechos a la vida o integridad de la persona*¹²⁵, o a los derechos conexos.
91. Cuando una persona esté privada de libertad o restringida su libertad y considere que se están vulnerando sus derechos, tiene derecho a la garantía del hábeas corpus para recuperar su libertad o para garantizar sus derechos durante la privación de libertad o restricciones a su libertad.
92. Con estas consideraciones, en el caso, se analizará el alcance del hábeas corpus y se responderá a los siguientes problemas jurídicos: 1. ¿Existe privación de libertad cuando se ha dispuesto el acogimiento institucional como una medida de protección y cabe plantear el hábeas corpus?; 2. ¿El acogimiento institucional fue una privación a la libertad ilegal?; 3. ¿Cabe el hábeas corpus correctivo cuando se ha dispuesto el acogimiento institucional y cuál es su alcance? Finalmente, la Corte expondrá aspectos jurídicos que considera relevantes a ser considerados, en casos como el presente, cuando se dicta un acogimiento institucional que afectan a personas en situación de extrema vulnerabilidad.
- 1. ¿Existe privación de libertad cuando se ha dispuesto el acogimiento institucional como una medida de protección y cabe plantear el hábeas corpus?**

¹²³ Corte Constitucional, Sentencia No. 209-15-JH/19, párrafo 34; Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, hábeas corpus No. 15111-2018-00008.

¹²⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 207-11-JH/20, párrafo 31.

¹²⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 207-11-JH/20, párrafo 32.



93. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho *al respeto de su libertad y dignidad.*¹²⁶ La privación de libertad, para cualquier persona sin distinción, “no será la regla general...procederá por orden escrita de jueza o juez competente...Se *exceptúan los delitos flagrantes.*”¹²⁷ Este derecho se aplica para cualquier restricción a la libertad y por cualquier motivación.
94. *Privación de libertad* se entiende como cualquier restricción o limitación al derecho a la libertad de movimiento, contra la voluntad de la persona, a cualquier título o justificación.¹²⁸ No importa, entonces, si la privación a la libertad se produce por la expedición de una medida cautelar, sentencia condenatoria o una medida de protección.
95. Cuando la privación de libertad es ilegal, arbitraria o ilegítima, existe una violación de derechos y cabe la acción de hábeas corpus. Cuando la privación a la libertad, por el contrario, es legal y legítima, aun cuando se la hace contra la voluntad de la persona titular del derecho, en principio, no hay violación a los derechos.
96. En el caso, el juez que dictó la medida de acogimiento institucional afirmó que los niños y niñas “no se hallan PRIVADOS DE LA LIBERTAD...sino que se encuentran bajo protección del Estado” (énfasis en el original). El juez que conoció el hábeas corpus, en primera instancia, sostuvo que “*se ha confundido completamente lo que es el hábeas corpus con una medida [de] protección de derechos a los niños...*”. Estos criterios fueron ratificados por la Corte Provincial de Justicia. Es decir, por el hecho de que el acogimiento institucional tuvo como fundamento una medida de protección, se consideró que no se trataba de una privación de libertad y que, de plano, no cabía el hábeas corpus.
97. De los hechos del caso se desprende que los niños y niñas fueron privados de la libertad contra su voluntad, desde el momento del allanamiento al domicilio. Se resistieron y se escondieron. Si bien Maya al día siguiente voluntariamente acudió al lugar del acogimiento institucional, fue para cuidar a sus hermanos pequeños. Además, por lo que sostuvieron las profesionales del lugar como lo reiteró Maya en la audiencia pública, querían estar con su madre en su casa. Por tanto, estamos frente a una privación de libertad.

¹²⁶ Constitución, artículo 45.

¹²⁷ Constitución, artículo 77 (1).

¹²⁸ Corte Constitucional, Sentencia N.166-12-JH/20, párrafo 37; Corte IDH, OC-21/14, párrafo 145: privación de libertad se entiende como “*cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente, por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública*”. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, por privación de libertad, Regla 11 (b): “*toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública*”.



98. La privación de libertad no se convierte en legal, justificada y legítima por el solo hecho de invocar una norma legal que establece la finalidad del acogimiento institucional, como sostuvieron los jueces que conocieron el caso. Si bien mediante el hábeas corpus, como regla general, no permite sustituir el procedimiento ordinario para revisar la medida de acogimiento institucional, que tiene otros fundamentos y otra finalidad, el juez o jueza de hábeas corpus tiene que analizar si se cumplen los requisitos, formalidades y condiciones establecidos en la ley y en la Constitución.
99. Si no se cumplen los requisitos, formalidades y condiciones establecidos en la ley y en la Constitución, cabe el hábeas corpus para garantizar el derecho a la libertad y los derechos conexos que se afectan cuando se ha limitado la libertad.
100. Corresponde analizar si la privación incurrió en las prohibiciones constitucionales de privación de libertad ilegal, arbitraria e ilegítima.

2. ¿El acogimiento institucional fue una privación a la libertad ilegal?

101. El juez que conoció el hábeas corpus debía i) verificar si la privación de libertad es legal, arbitraria o ilegítima y ii) analizar el momento de la privación de libertad, que fue el allanamiento de domicilio.¹²⁹ Para efectos de la argumentación, en este acápite se desarrollará sobre la legalidad de la privación de libertad y el momento de la aprehensión, que es el allanamiento, y, en el siguiente acápite, la arbitrariedad de la privación de libertad.

i. La legalidad del acogimiento institucional

102. El acogimiento institucional de niñas y niños es una forma de privación de libertad¹³⁰, que requiere de una justificación para ser dictada y también está revestida de formalidades¹³¹, y que tiene como finalidad proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes.¹³²
103. En suma, en primer lugar, el acogimiento institucional está previsto en la ley como medida transitoria de protección, con carácter excepcional, de última ratio, y debe perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En segundo lugar, el acogimiento institucional cabe solo mediante orden de juez competente. En tercer lugar, la orden de juez debe estar basada en

¹²⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. 207-11-JH/20, párrafo 31.

¹³⁰ Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351., párrafo 329.

¹³¹ Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 232 a 234.

¹³² El acogimiento institucional, a diferencia de otras medidas como la pena, que tiene como finalidad rehabilitar, o la medida cautelar, que tiene como finalidad asegurar la presencia de una persona al proceso, está encaminada a proteger a los niños y niñas de violaciones a sus derechos.



información suficiente proporcionada por profesionales competentes y especializados en el cuidado y atención a niños, niñas y adolescentes¹³³.

104. De los hechos del caso se desprende que hubo varios informes técnicos en los que se denotaba las carencias y necesidades de los hijos de Rosa (párrafo 31), el maltrato y abusos que sufría Maya (párrafo 37), la necesidad de proteger a Maya y realizar visitas semanales a la familia (párrafo 40), la situación de extrema pobreza de Rosa (párrafo 42) y, finalmente, el informe que considera que *la madre parece ser una influencia negativa, pues es negligente...* (párrafo 43), con base al cual la Unidad Judicial dispone el allanamiento del domicilio y el acogimiento institucional, para que los niños y niñas “sean rescatados y trasladados al Hogar de Jesucristo”.
105. La pretensión de Rosa y de la Defensoría Pública, que la patrocinó, era la recuperación de la libertad de sus hijos e hijas. Quería que le devuelvan a sus hijos e hijas.
106. Los jueces de primera y segunda instancia, que conocieron el hábeas corpus, verificaron que existía una orden judicial de acogimiento institucional y que estaba basada en informes técnicos. En consecuencia, la privación de libertad de los hijos e hijas de Rosa no fue ilegal.

ii. El momento de la privación de libertad: el allanamiento

107. El allanamiento del domicilio, en la acción de hábeas corpus, no fue expuesto por la accionante y no fue motivo de análisis. Por esta razón, la omisión por parte de la autoridad judicial no puede ser juzgada. Por otro lado, la orden de allanamiento no siempre está vinculada a la privación o restricción a la libertad para que proceda la acción de hábeas corpus. Sin embargo, durante la audiencia ante la Corte, fue un hecho mencionado y destacado. Al considerar que el momento inicial de la aprehensión es importante como parte de la acción de hábeas corpus, en este caso, la Corte no puede dejar de analizar los hechos ocurridos a la luz de los derechos concernidos.
108. La Constitución garantiza el derecho *“a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley.”*¹³⁴ Según la norma constitucional existen solo dos posibilidades para que se produzca un allanamiento: delito flagrante y orden de juez o jueza.
109. La razón de la prohibición constitucional del ingreso al domicilio o allanamiento es la protección a la intimidad personal y familiar.¹³⁵ La vida privada y el domicilio

¹³³ Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 22.

¹³⁴ Constitución, artículo 66 (22).

¹³⁵ Constitución, artículo 66 (20).



implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la personalidad y la vida familiar.¹³⁶

110. En el caso conviene hacer una distinción entre el allanamiento para detener a una persona que presuntamente ha cometido un delito y el allanamiento para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En el primer caso, el allanamiento se enmarca dentro de un proceso penal, encaminado a investigar y sancionar infracciones penales. El allanamiento es una medida judicial que implica el uso de mecanismos relacionados con la fuerza y su uso progresivo es previsible en el procedimiento penal, considerando la resistencia de la persona requerida por la justicia penal. El segundo caso, que es el que se relaciona con los hechos, se analizará a continuación. Si el allanamiento no distingue, en su ejecución, entre la materia penal y la de niñez y adolescencia, puede convertir a la medida, originalmente concebida como protectora, como una violación adicional a los derechos de los niños y niñas.

111. El allanamiento se encuentra establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia, que establece como medida de protección:

*Allanamiento del lugar donde se encuentre el niño, niña o adolescente, víctima de la práctica ilícita, para su inmediata recuperación. Esta medida sólo podrá ser decretada por el Juez de la Niñez y Adolescencia, quien la dispondrá de inmediato y sin formalidad alguna.*¹³⁷

112. Con respecto al mecanismo para proteger a víctimas de violación de derechos, en particular cuando se trate de niños o niñas, se debe contar con mecanismos adaptados a los requerimientos y a las garantías de los derechos de los niños y niñas. En particular, se debe tomar medidas especiales para ejecutar el allanamiento.

113. Los agentes de la autoridad que realicen el allanamiento tienen particulares y especiales deberes de prevención y protección en relación con el uso de la fuerza por parte de agentes de seguridad en situaciones en que están o puedan estar involucrados niños, niñas o adolescentes.¹³⁸ Entre otras:

a. Los niños y niñas deben ser tratados con respeto y dignidad.¹³⁹

¹³⁶ Corte IDH. Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párrafo 140.

¹³⁷ Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 79 (1).

¹³⁸ Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

¹³⁹ CIDH. Informe temático: Violencia, niñez y crimen organizado, 11 noviembre 2015, párrafo 308.



- b. De ser posible, se les informará sobre las razones del allanamiento, el lugar a donde serán trasladados y el derecho a ser protegidos.
 - c. El portar, exhibir o usar armas de fuego, patear puertas, y otras expresiones de violencia en un allanamiento en procedimientos de protección de niños y niñas no es conveniente y debe evitarse.
 - d. En caso de presentarse situaciones de violencia física, psicológica, sexual, otras formas de violencia o potenciales riesgos a la integridad de los niños y niñas, podrá ser permitido el uso progresivo de la fuerza.
 - e. El uso progresivo de la fuerza será una medida extrema y excepcional y se ejercerá cuando fuere necesario de forma progresiva contra quien esté violentando sus derechos y nunca contra los niños o niñas a proteger.¹⁴⁰ En otras palabras, no se deberá aplicar la fuerza en absoluto si el objetivo puede lograrse sin ella. Los agentes de policía deben prestar atención y ofrecer protección a las niñas y niños. Si se afecta a sus derechos, entonces se presumirá la desproporcionalidad de la medida. La responsabilidad por el uso de la fuerza no solo es del agente sino de las autoridades superiores que dieron la orden, que no intervinieron cuando tenían conocimiento o debían haberlo tenido cuando un agente subordinado recurrió al uso desproporcionado de la fuerza.¹⁴¹
- 114.** De los hechos del caso se desprende que para realizar el allanamiento se contó con las formalidades requeridas por la ley. El juez de la Unidad Judicial dispuso la medida, con el fin de dar cumplimiento con el acogimiento institucional de los hijos e hijas de Rosa.
- 115.** El 12 de mayo de 2019 se ejecutó el allanamiento. De la versión de Rosa y de Maya en la audiencia, que son concordantes entre sí, se desprende que se hizo a la fuerza ("Dos policías, de una patada a la puerta"), no informaron a la persona adulta responsable sobre la existencia y procedimientos en el allanamiento (*dada no me explicaron*), los niños y niñas huyeron y se escondieron ("después de casi una media hora logran encontrarlos"), generaron en los niños y niñas sentimientos de desesperación y llantos, infundieron temor en Rosa y en los niños y niñas (*yo no me fui porque daba miedo*). El parte policial elaborado por la DINAPEN manifiesta que no se pudo realizar el "rescate" de Maya porque se encerró en el cuarto.
- 116.** El allanamiento, en suma, se hizo de forma violenta. No se hizo la distinción necesaria entre medida de protección en un procedimiento de niñez y adolescencia y una medida dentro de un procedimiento penal. Llegar de noche, no identificarse, ejecutar una medida coercitiva sin dar explicaciones, provocar pánico, tomar a la

¹⁴⁰ CIDH. Informe temático: Violencia, niñez y crimen organizado, 11 noviembre 2015, párrafo 306.

¹⁴¹ CICR, "Reglas y normas internacionales aplicables a la función policial", Ginebra: CICR, 2015, Página 37.



fuerza a los niños y niñas y subirles en el patrullero no es la manera de ejecutar una medida de protección.

117. Cuando se afirma que todo niño y niña tiene el derecho al mejor comienzo de vida posible, de tal forma que pueda desarrollar sus capacidades al máximo de sus potencialidades, no solo debe referirse al hecho de nacer, sino también para cada etapa importante de la vida, como comenzar la escuela o ser beneficiario de una medida de protección. Un mal comienzo, como el allanamiento en la ejecución de la medida de protección acogimiento institucional, podría predisponer a no tener la mejor actitud durante la ejecución de la medida de protección y convertirse en sí mismo un evento traumático.
118. Por lo dicho, en el caso no se trató con respeto y dignidad a los niños y niñas, no hubo información alguna a la persona responsable, Rosa, sobre el allanamiento, ni a los niños y niñas, se utilizó la fuerza sin que exista justificación alguna (uso progresivo).
119. Los hechos narrados en este acápite son objeto de hábeas corpus y constituyen una violación al derecho a la libertad, la intimidad familiar y la integridad física de Rosa y de sus hijos e hijas.

3. ¿Cabe el hábeas corpus correctivo cuando se ha dispuesto el acogimiento institucional y cuál es su alcance?

120. El otro objeto de protección mediante hábeas corpus son los derechos *en* la privación de libertad. Si bien el juez que conoció el hábeas corpus no podía revocar la medida de protección dictada por el juez de la Unidad de la Familia, tenía competencia para conocer, apreciar y corregir la forma cómo se estaba ejecutando el acogimiento institucional.
121. Para tutelar estos derechos, que la ley los denomina “conexos”, el hábeas corpus tiene fines correctivos (párrafo 89). Para apreciar y valorar el ejercicio de derechos durante el acogimiento institucional, la Corte considera importante la mirada desde el *derecho al cuidado integral*, que permite apreciar la *corresponsabilidad* para proteger derechos de los niños y niñas y sociedad, y la interrelación entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
122. El derecho al cuidado integral ha sido reconocido por el sistema jurídico ecuatoriano.¹⁴² El derecho al cuidado permite y proporciona las condiciones para que el resto de derechos se ejerzan. Un cuidado eficaz se mide por el desarrollo progresivo de las capacidades de los niños y niñas para ejercer derechos.

¹⁴² Corte Constitucional, Sentencia No. 3-19-JP y acumulados, párrafo 109; Corte Constitucional, Sentencia No. 679-18-JP y acumulados, párrafo 193.



123. Cuando en el entorno correspondiente –familiar, social, educativo, comunitario- se produce violaciones a los derechos u otras formas de violencia, entonces se viola el derecho al cuidado.
124. El cuidado debe ser integral, comprende tanto las necesidades físicas (como la alimentación y la salud adecuada) como emocionales (afectividad, seguridad, comprensión, vínculos). Estos cuidados se promueven de mejor manera en ambientes o entornos estables.¹⁴³
125. En los casos en que se viola el derecho al cuidado y se produce otras violaciones a los derechos, las personas adultas responsables deben tomar medidas para prevenir, corregir y no repetir las acciones u omisiones que generan la violación de derechos.¹⁴⁴
126. La Constitución establece que *“[e]l Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos”*¹⁴⁵ (énfasis añadido). En este artículo se establece el principio conocido como *“corresponsabilidad”* y se enuncian los tres actores que tienen la responsabilidad de cuidar: el Estado, la sociedad y la familia.¹⁴⁶
127. La responsabilidad de cuidar se concreta, entre otras acciones, en la *“crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos.”*¹⁴⁷
128. La responsabilidad de cuidar corresponde, en primer lugar, a la familia nuclear y, en concreto, al padre o madre. Por ello es que la Constitución establece la obligación de promover *“la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos”*¹⁴⁸; y de proteger *“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.”*¹⁴⁹
129. La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio más propicio para el crecimiento y el bienestar de sus miembros¹⁵⁰, en particular para los niños y niñas. El término *“familia”* debe entenderse en un sentido amplio, que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o las madres jefas de hogar. Tal como lo reconoce la Constitución cuando establece *“la familia en sus diversos tipos.”*¹⁵¹

¹⁴³ ONU, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea consideración primordial*, artículo 3 párrafo 1. 2013, párrafo 72.

¹⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 13*, párrafo 15.

¹⁴⁵ Constitución, artículo 44; Protocolo de San Salvador, artículo 16.

¹⁴⁶ CDN, artículo 23 (c).

¹⁴⁷ Constitución, artículo 69 (1).

¹⁴⁸ Constitución, artículo 69 (5).

¹⁴⁹ Constitución, artículo 69 (4).

¹⁵⁰ Constitución, artículo 67; CDN, Preámbulo.

¹⁵¹ Constitución, artículo 67.



- 130.** La separación familiar debe ser anticipada a las personas responsables y solo si tal separación es necesaria en el interés superior¹⁵² y protege sus derechos. El niño o niña que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. Esto se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia o para la institución encargada del acogimiento institucional.
- 131.** La responsabilidad, en segundo lugar y de manera subsidiaria, si la familia nuclear no puede cuidar, le corresponde a la familia ampliada o a quien pueda ejercer, dentro de la *comunidad* o sociedad, las funciones del padre o de la madre. Entre esas personas podrían considerarse los miembros de la familia ampliada, como abuelos, abuelas, tíos, tías, o quien podría ejercer el rol; o también personas de la comunidad o sociedad que tuvieren vínculos con los niños o niñas, como padrinos, madrinas, "mejor" amigo o amiga; personas o familias que tuvieren disponibilidad y entrenamiento para ejercer el rol, como las familias acogientes u otros miembros que corresponda según el derecho propio de una comunidad indígena.¹⁵³
- 132.** En tercer lugar, excepcional y subsidiariamente a la familia ampliada, solo si no es posible fortalecer el vínculo de los padres o madres para ejercer sus obligaciones de cuidado y no existiere alguna persona dentro de la comunidad o sociedad, entonces interviene el Estado a través de las instituciones de acogimiento con esos fines.
- 133.** Los responsables de la toma de decisiones, cuando se decide por el acogimiento institucional, velarán para que el niño o niña mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares y personas con las que el niño o niña haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello contravenga el interés superior del niño.¹⁵⁴
- 134.** La responsabilidad de cuidado por parte del Estado se extiende a toda intervención estatal hacia los niños y niñas, como sucede en la escuela, el hospital, el acogimiento institucional temporal.
- 135.** Toda institución del Estado que tenga contacto con niños y niñas, de forma temporal o permanente, tendrá la obligación de respetar el derecho a ser cuidado de los niños y niñas.

¹⁵² ONU, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea consideración primordial*, artículo 3 párrafo 1. 2013, párrafo 60.

¹⁵³ ONU, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea consideración primordial*, artículo 3 párrafo 1. 2013, párrafo 59.

¹⁵⁴ ONU, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea consideración primordial*, artículo 3 párrafo 1. 2013, párrafo 65.



136. Para cumplir las responsabilidades de cuidado, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la institucionalización debe ser examinada regularmente¹⁵⁵. En estos análisis periódicos se debe tener en cuenta el desarrollo personal y variación de las necesidades de la niña o niño para determinar si esta modalidad de acogimiento sigue siendo necesaria y adecuada y si, en el caso, hay más ventajas en la institucionalización que en la reinserción a la familia.¹⁵⁶
137. Las instituciones deben prevenir cualquier forma de maltrato, violencia o acoso en el desarrollo de sus actividades.¹⁵⁷ Para prevenir cada institución debe tener regulaciones aprobadas por la autoridad competente, deben contar con mecanismos de vigilancia y evaluación permanente, deben tener mecanismos de investigación y sanción en caso de suceder hechos violatorios a los derechos de los niños y niñas.
138. Cuando existan denuncias sobre violación de derechos en instituciones, las autoridades de protección o judiciales, si hubiere demandas, deberán actuar con la mayor diligencia posible para revertir aquellas situaciones que pudieran conculcar la vida y la integridad personal de los niños y niñas.¹⁵⁸
139. Uno de los mecanismos para conocer y declarar las violaciones a los derechos durante la ejecución del acogimiento institucional, es el hábeas corpus. Mediante esta garantía se podría analizar el ejercicio del derecho al cuidado y la obligación de cuidar. Cuestiones como el trato durante el acogimiento, la alimentación, las visitas y más derechos conexos pueden ser objeto de hábeas corpus.
140. El *hábeas corpus* cuando se trata de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes deberá, además de los demás principios y reglas establecidos en la Constitución y la ley, para evaluar el cuidado institucional, observar el interés superior del niño, el derecho al desarrollo integral y el derecho a ser escuchado.

¹⁵⁵ Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 9 de marzo de 2018, párrafo 347.

¹⁵⁶ Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 9 de marzo de 2018, párrafo 348.

¹⁵⁷ Comité contra la Tortura, Observación General No. 2, párrafo 15.

¹⁵⁸ La Corte ha recordado a los Estados que la adopción de medidas legislativas y de otra índole se hace aún más necesaria cuando hay evidencia de prácticas contrarias a la Convención Americana en cualquier materia, ver Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de enero de 2009, Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, punto resolutivo 12. En el mismo sentido de ha manifestado el Relator Especial sobre la Tortura al señalar que “[g]arantizar la protección especial de personas y grupos minoritarios y marginados es un componente esencial de la obligación de prevenir la tortura y los malos tratos. Tanto el Comité contra la Tortura como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han confirmado que los Estados tienen una mayor obligación de proteger a los vulnerables o marginados ante la tortura, ya que, por lo general, estas personas están más expuestas al riesgo de sufrir tortura y malos tratos”, A/HRC/22/53, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, párrafo 26; ver también Comité contra la Tortura, Comentario General No. 2, párrafo 21; y Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrafo 103.



El interés superior de los niños y niñas

141. La Constitución declara que “se atenderá al principio de su interés superior.”¹⁵⁹ Por este principio se derivan tres obligaciones generales: i) Aplicar el interés superior en toda decisión estatal que afecte a los niños y niñas (garantías normativas y de políticas públicas)¹⁶⁰; ii) considerar el interés superior del niño o niña y explicar cómo se ha examinado y evaluado la importancia que se le ha atribuido en toda decisión judicial o administrativa relacionada con niños o niñas (casos concretos)¹⁶¹; y iii) garantizar que, en las medidas del sector privado, el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas.¹⁶²
142. El interés superior exige, cuando se van a tomar medidas que puedan afectar derechos, aplicar el principio de proporcionalidad y ponderar¹⁶³. 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. Para tomar estas medidas es preciso considerar el interés superior, identificar los hechos y considerar los derechos que están en tensión. La aplicación del interés superior, en esta sentencia y para valorar esas opciones, se analizará en todos los derechos concernidos.

El derecho al desarrollo integral

143. La Constitución reconoce que “[l]as niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este

¹⁵⁹ Constitución, artículo 44; Declaración de los Derechos del Niño, principio 2; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3, párrafo 1.

¹⁶⁰ Constitución, artículos 84 y 85.

¹⁶¹ Convención de los Derechos del Niño: separación de los padres (artículo 9), reunión de la familia (artículo 10), obligaciones de los padres (artículo 18), privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado (artículo 20), adopción (artículo 21), separación de los adultos durante la privación de libertad (artículo 37 c), garantías procesales (artículo 40, párrafo 2.b.iii de la CDN).

¹⁶² Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea consideración primordial, artículo 3 párrafo 1. 2013, CRC/C/GC/14, párrafo 14: i) garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en las que afectan directa o indirectamente a los niños; ii) velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; esto incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión; y iii) garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado.

¹⁶³ “...es preciso ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”, Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 61.



*entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales...*¹⁶⁴

144. Los niños y niñas tienen derecho al desarrollo integral considerando que son personas en crecimiento y dependen, de acuerdo con la edad, de las personas adultas para recibir la atención y los cuidados necesarios, en particular en las primeras etapas de su vida. El desarrollo integral es uno de los efectos del ejercicio efectivo del derecho al cuidado.
145. La Constitución enfatiza, para lograr el desarrollo integral, el *entorno* que tiene tres elementos: la seguridad, la afectividad en todos los espacios donde se desenvuelven los niños y niñas y el ejercicio de derechos (finalidad). Estas características del *entorno* deben manifestarse en todos los espacios donde los niños y niñas se desarrollan y la Constitución enumera cuatro: familiar, escolar, social y comunitario.
146. La *seguridad* proporciona un ambiente propicio para ejercer derechos; no es un entorno seguro, por ejemplo, donde existe violencia, abuso, intolerancia, negligencia. La *afectividad* se manifiesta en ambientes donde se desarrollan y fortalecen vínculos entre las personas y se ejerce el derecho al cuidado; no es un entorno afectivo, por ejemplo, donde hay autoritarismo, odio, rencor, abandono. Un lugar que no permite, impide, limita el *ejercicio de derechos* no se puede considerar un entorno seguro y afectivo.

El derecho a ser escuchado

147. La Constitución reconoce que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho "a ser consultados en los asuntos que les afectan."¹⁶⁵
148. 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.¹⁶⁶ 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.¹⁶⁷
149. En cualquier espacio y en procedimientos, judiciales o administrativos, donde se decidan sobre sus derechos o situaciones en las que se afecten sus derechos¹⁶⁸, se les

¹⁶⁴ Constitución, artículo 44.

¹⁶⁵ Constitución, artículo 45; CADH, artículo 8; DADH, artículo XXVI.

¹⁶⁶ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 196; *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrafo 228, y, Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 99.

¹⁶⁷ ONU, *Observación General No. 12 El Derecho del Niño a ser escuchado*. 2009, párrafo 79.

¹⁶⁸ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de



debe escuchar. La opinión del niño o niña debe ser tomada en cuenta en la decisión. Si bien, por el interés superior, la opinión no significa que sea la decisión a tomar, debe ser valorada y tomarse en cuenta para la ponderación. De igual modo, la opinión del niño o de la niña debe ser escuchada para determinar la idoneidad de una medida o para evaluarla una vez que se ha tomado y se está ejecutando.

- 150.** Una condición previa para la opinión del niño o niña es la información y, si se requiere para que la información sea comprensible, contar con el asesoramiento necesario para tomar una decisión que favorezca su interés superior.¹⁶⁹ La información deberá ser comprensible, apropiada y suficiente hasta que pueda formarse un juicio u opinión.¹⁷⁰ En este sentido, las personas responsables deben alentar al niño o niña a que se forme una opinión libre, sin influencias o presiones indebidas, y ofrecer un entorno adecuado para que pueda opinar y ser escuchado.¹⁷¹
- 151.** Además, los niños y niñas deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean.¹⁷² Cuando el niño o niña desea expresar su parecer y este derecho se ejerce mediante un representante, la obligación de este último es comunicar con precisión las opiniones del niño o niña.¹⁷³ Además, el niño o niña debe tener información sobre la situación, las opciones, las posibles decisiones que puedan adoptarse y sus consecuencias.
- 152.** El niño o niña podrá decidir no opinar.¹⁷⁴ Cuando decida no opinar, se atenderá a las demás pruebas y se aplicará el interés superior del niño.

- 153.** En el caso, la Casa de Acogida cumplió una orden judicial y recibió a los hijos e hijas de Rosa. Según se ha expresado, la Casa de Acogida cuenta con profesionales capacitados y se rige por los lineamientos del MIES. También afirmaron que se preocuparon, cuando llegaron los hijos y las hijas de Rosa, del aseo, la salud, el

agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafos. 94 y 117. En el mismo sentido, Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 32.

¹⁶⁹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 16.

¹⁷⁰ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 25.

¹⁷¹ Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafos. 11, 22 y 23.

¹⁷² ONU, *Convención sobre los Derechos del Niño*, artículo 12.

¹⁷³ ONU, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea consideración primordial*, artículo 3 párrafo 1. 2013, párrafo 90.

¹⁷⁴ "Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación", Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 16 y Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 198.



- comportamiento, la alimentación y hasta de su identidad (obtención de cédula). Todas estas actividades son manifestaciones del deber de cuidar institucional.
154. De los hechos del caso se desprenden dos hechos que podían ser objeto del hábeas corpus correctivo: las afectaciones a la integridad física de los niños y niñas y el derecho a la familia que se concreta en el fortalecimiento de los vínculos familiares entre Rosa y los hijos e hijas (visitas). En consecuencia, por estas razones, cabe plantear la garantía del hábeas corpus.
 155. Con relación a la integridad física, Rosa hizo denuncias de maltrato físico (*"un joven ha estado pegando a mí hijo un patazo le metió en el pecho"*, *"mis hermanos están maltratados, mami ayúdeme, sáquenlos de aquí"*), que fueron corroboradas por Maya (*"virando las manos para atrás y aplastando"*).
 156. En cuanto al fortalecimiento del vínculo de los niños y niñas con su madre, la Casa de Acogida consideró que las visitas de Rosa fueron impertinentes (*"tampoco vamos a permitir que todos los días, porque interrumpen el trabajo que todos los tutores y se restringieron temporalmente sus visitas (las visitas serían los días viernes a las dos de la tarde", "máximo de media hora, y condicionado a no quedarse sola con sus hijos"*), incluso un día le pidieron autorización judicial para ver a sus hijos e hijas (*"no se le permitió realizar la visita, exigiéndole orden judicial"*).
 157. El distanciamiento de las visitas, durante el acogimiento familiar, pudo haber afectado el vínculo que tenía Rosa con sus hijos e hijas. Ese vínculo, evidente durante la audiencia ante la Corte, fue reconocido también por las personas profesionales de la Casa de Acogida (*"obviamente había el vínculo de madre e hijos, nadie lo puede negar esa situación..."*).
 158. El lugar de acogimiento debe, por el principio de corresponsabilidad y el interés superior del niño, adaptarse a las necesidades de la familia biológica y no al contrario, siempre y cuando no implique situaciones de riesgo para las niñas y niños, toda vez que uno de los objetivos importantes del acogimiento es la reinserción en la familia.
 159. El hecho de que los hijos e hijas de Rosa hayan querido salir del acogimiento institucional, volver a su hogar y que Rosa no quiso asistir a terapias, reflejan que la Casa Hogar no pudo construir un entorno favorable para trabajar en conjunto por los derechos de los niños y niñas.
 160. Por otro lado, se afirmó por parte de la Casa de Acogida que, cuando llegó la orden de reinserción familiar, *"se quedó a medias nuestro trabajo"*. Este hecho denota una falta de coordinación y de flujo de información entre las instituciones de protección, en este caso la Junta, el juzgador y la institución de acogimiento.



161. El caso seleccionado tiene la particularidad de que muchos hechos fueron ejecutados por servidoras y servidores públicos, que pertenecen a instituciones públicas, que tenían la obligación de proteger a la familia; sin embargo, las acciones y omisiones, como la ausencia de entendimiento sobre la situación de Rosa y su familia, el provocar su poca o nula participación en la toma de decisiones, la falta de coordinación interinstitucional y la ausencia de mecanismos especializados de acción en red con información cruzada para no revictimizar a la familia, especialmente a Maya, dieron como consecuencia que tanto Rosa como sus hijas e hijos, no quieran ver a más psicólogos, tengan miedo de la policía, no confíen en el sistema educativo y tampoco en el sistema de justicia. Por todo esto, Rosa y su familia desconfían y temen de las instituciones estatales.
162. Si bien en el acogimiento institucional los hijos e hijas de Rosa recibieron atención y cuidados, tales como alimentación, vivienda, apoyo educativo y psicológico, la Corte denota una deficiencia en el rol de cuidar institucional que afectó a los derechos de los niños y niñas en el caso. Esta deficiencia pudo haber sido conocida mediante el hábeas corpus correctivo, que no tiene un carácter residual y que podría presentarse sin que previamente se hayan realizado pedidos de revisión de la medida en sede administrativa o jurisdiccional. Los jueces y juezas pudieron, observando los principios de interés superior, desarrollo integral y el derecho a ser escuchado, haber dispuesto medidas correctivas encaminadas a garantizar el cuidado institucional, tales como disponer que Rosa sea informada y participe en las decisiones sobre sus hijos e hijas, garantizar un tiempo razonable para las visitas con el objetivo de fortalecer los vínculos familiares, disponer la investigación en casos de denuncias de maltrato, disponer la coordinación entre las diversas instituciones para garantizar el desarrollo integral de los niños y niñas.
163. Por todas estas razones, la Corte considera que se ha afectado parcialmente el derecho al cuidado institucional a los hijos e hijas de Rosa, que fortalezca los vínculos familiares y se encamine a una adecuada reinserción familiar.

4. Consideraciones adicionales

164. La Corte, en el presente caso por las limitaciones de la acción de hábeas corpus, no puede pronunciarse directamente sobre los hechos relacionados a la escuela, la Junta de Protección como tampoco a las justificaciones de la medida de acogimiento institucional tomada por la Unidad Judicial. Sin embargo, considera importante destacar algunos aspectos del sistema jurídico ecuatoriano que tienen relación directa con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que pueden contribuir a mejor resolver casos semejantes a los de Rosa.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes: la situación irregular y la protección integral de derechos



165. A partir de la expedición de la Convención sobre los derechos del niño (CDN, 1989), se ha afirmado que se ha institucionalizado un nuevo paradigma para mirar, comprender y atender la situación de la niñez y adolescencia, al que se la ha denominado *"doctrina de la protección integral"*. El paradigma a superar se conoce como *"la doctrina de la situación irregular"*.
166. El paradigma de *la situación irregular* distingue entre niños, niñas y adolescentes y "menores". Los primeros, según esta doctrina, tienen posibilidad de ejercer derechos, en particular a la familia y a los derechos sociales; mientras que los "menores" están excluidos del reconocimiento y ejercicio de derechos por no tener familia o contar con familias en situación de pobreza y vulnerabilidad que se consideran *"irregulares"*. En éstas, la autoridad estatal, administrativa o judicial suplen al padre o madre de familia, tienen competencias omnímodas y discrecionales. Se judicializan problemas estructurales, como la pobreza. Los niños y niñas son objetos de protección. Se niegan principios y derechos bajo la premisa de que se protege y que es por el bienestar de los niños y niñas pobres. Con relación a la privación de libertad, se produce una:

...criminalización de la pobreza, disponiendo internaciones que constituyen verdaderas privaciones de libertad, por motivos vinculados a la mera falta o carencia de recursos materiales.¹⁷⁵

167. El paradigma de *la protección integral*, en cambio, no distingue entre niños, niñas y menores. Todos los derechos deben ser ejercidos sin discriminación alguna. El derecho a la familia y a la escuela es universal. No hay familias ni niños o niñas en situación irregular. El juez o jueza no suple en caso alguno al padre o madre y debe ser independiente e imparcial e interviene cuando hay violaciones a los derechos de los niños y niñas. La pobreza no es una causal para limitar, restringir o anular derechos¹⁷⁶. El reconocimiento y la promoción del ejercicio de los derechos es el deber primordial del Estado y de sus funcionarios, administrativos o judiciales. En este contexto, la privación de libertad debe ser absolutamente excepcional y para casos expresamente determinados en la ley. Este paradigma es reconocido y desarrollado en la Constitución.¹⁷⁷ Por ello, "[l]as niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad."¹⁷⁸ Los derechos específicos se encuentran en la Constitución¹⁷⁹ y en los instrumentos internacionales de derechos de los niños, niñas y adolescentes.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Emilio García Méndez, "Legislaciones infanto juveniles en América Latina: modelos y tendencias", en UNICEF, *Derecho a tener derechos* (Quito: UNICEF, 1998), p. 46.

¹⁷⁶ Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 221.

¹⁷⁷ Constitución, artículo 35.

¹⁷⁸ Constitución, artículo 45; Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Serie A No. 17, párrafos. 53, 54 y 60; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 164, y *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párrafo 133.



168. Por ello, cuando la Constitución establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una administración de justicia especializada, determina que los operadores deben estar capacitados y que "aplicarán los principios de la doctrina de protección integral".¹⁸¹ En consecuencia, el sistema jurídico ecuatoriano reconoce la doctrina de la *protección integral* de los niños, niñas y adolescentes y proscribire la aplicación de la doctrina de la *situación irregular*.

La prohibición de discriminación y la desigualdad estructural

169. La Constitución prohíbe la discriminación.¹⁸² La igualdad y la no discriminación es un principio fundamental, considerado como *ius cogens*¹⁸³, que permea todo el sistema jurídico y las acciones y omisiones del Estado. "*Por este principio, el Estado y todos sus órganos tiene el deber especial de erradicar, de iure o de facto, toda norma, actuación o práctica que genere, mantenga, favorezca o perpetúe desigualdad y discriminación.*"¹⁸⁴

170. En el caso, la familia de Rosa se encuentra en una situación de posibles discriminaciones asociadas a factores estructurales y a cuestiones como la condición de niñez, mujer, discapacidad y situación de pobreza, que podrían agravar las vulnerabilidades de cada uno de los miembros de la familia y acumularse entre sí.

171. La familia ha sido considerada "*de escasos recursos económicos y de una estructura disfuncional.*"¹⁸⁵ La "*disfuncionalidad*" podría ser un prejuicio derivado de la apreciación que se tiene sobre la pobreza. Esta es la típica situación irregular opuesta a la protección integral que promete la Constitución.

172. Rosa, como mujer y jefa de hogar, está en una situación de desventaja con relación a mujeres que no están en situación de pobreza. Es una mujer que es desempleada, tiene trabajos informales, y ha hecho unos esfuerzos enormes, según se pudo apreciar en la audiencia, para mantener a sus hijos e hijas. Además, Rosa es una persona con discapacidad. Las personas en situación de discapacidad se enfrentan a

¹⁷⁹ Constitución, artículo 11 (7); Constitución, Sección Quinta, artículos 44 al 46;

¹⁸⁰ Entre estos instrumentos internacionales están la Convención de los derechos del niño, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas mínimas de Naciones Unidas para los jóvenes privados de libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad), las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁸¹ Constitución, artículo 175. Esta Corte ha señalado que "La doctrina de protección integral es el conjunto de normas e instrumentos jurídicos y doctrinas elaboradas por los órganos de protección de derechos humanos, que tienen como finalidad desarrollar el contenido y el alcance de los derechos de los niños, niñas y adolescentes..."Corte Constitucional, Sentencia No. 9-17-CN/19, párrafo 43.

¹⁸² Constitución, artículo 11 (2).

¹⁸³ Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 21 de noviembre de 2016, párrafo 91.

¹⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia 11-18-CN/19, párrafo 81.

¹⁸⁵ Corte Provincial de Justicia del Cañar, juicio No. 03203-2019-00581, fs. 24 y 25.



distintas barreras –sociales, políticas, culturales, económicas y físicas- que restringen, menoscaban o anulan el goce de sus derechos. La discriminación por ser mujer, tener una discapacidad, estar en situación de pobreza provoca mayor exposición a la violencia de género y las ubica en una situación de mayor vulnerabilidad.¹⁸⁶

173. La discriminación por *la condición económica* está prohibida tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁸⁷ La pobreza suele llevar a tratos diferenciados y suele generar sentimientos de exclusión extremos, que se manifiestan en rechazo, aversión, desprecio, temor, invisibilización o demonización a la persona que está en situación de pobreza. A estas expresiones se las conoce con el término de *aporofobia*, que es una fobia hacia el pobre, que *"lleva a rechazar a las personas que habitualmente no tienen recursos y, por lo tanto, no pueden ofrecer nada, o parece que no pueden hacerlo."*¹⁸⁸ Las consecuencias de esta forma de relacionarse con la gente pobre es que se acaba privando, en la práctica, de la titularidad y del ejercicio de derechos. Por estas razones, la *aporofobia* se encuentra entre las formas de discriminación, como el racismo, la xenofobia, la misoginia, la homofobia y otras¹⁸⁹.
174. Las personas que son víctimas de *aporofobia* son tratadas de forma displicente, mediante diversas estrategias de invisibilización para cumplir, entre otras funciones, la de evitar su inquietante potencial conflictivo¹⁹⁰. La persona pobre "...es objeto de *críticas, amenazas, desaires o burlas* porque carece de poder."¹⁹¹
175. Rosa está en situación de vulnerabilidad por su condición de ser persona viviendo en extrema pobreza. Los efectos de estas múltiples discriminaciones, al momento de aplicar el principio de proporcionalidad y ponderar los derechos, deben ser consideradas para que la resolución sea ajustada a las condiciones y posibilidades de las personas involucradas, y que la mirada no sea exclusivamente desde la situación de quienes están en mejores condiciones de vida y se atreven a juzgar a quienes están en peores circunstancias.

El derecho a la libertad y a la excepcionalidad de la institucionalización

176. El principio de excepcionalidad implica que previamente a la separación del niño o niña de sus progenitores se hayan realizado todos los esfuerzos posibles por apoyar

¹⁸⁶ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos sobre "La eliminación de la violencia contra la mujer" y en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing.

¹⁸⁷ PIDESC, artículo 2 (2).

¹⁸⁸ Adela Cortina, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia* (Barcelona: Paidós, 2017), p. 12.

¹⁸⁹ Adela Cortina, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia* (Barcelona: Paidós, 2017), p. 21.

¹⁹⁰ Informe FOESSA, *Aporofobia, nuevos conceptos para viejas realidades*, p. 7.

¹⁹¹ Adela Cortina, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia* (Barcelona: Paidós, 2017), p. 36.



y asistir a la familia en el adecuado cuidado, protección y crianza del niño.¹⁹² Es decir, el acogimiento institucional tiene carácter subsidiario. Solo se puede disponer si otros medios menos lesivos a los derechos no pudieron ser implementados.

177. El principio de excepcionalidad orienta el objetivo mismo de las medidas especiales de protección, puesto que las medidas buscan la restitución de derechos y la reintegración más pronta posible del niño o niña a su familia.
178. La pobreza o la carencia de recursos materiales no puede ser fundamento para una decisión judicial o administrativa para separar al niño o niña de su familia.¹⁹³ Previo a la separación se pueden tomar otras medidas, como dar apoyo necesario cercano a Rosa para que ejerza de mejor manera el derecho al cuidado o disponer el acogimiento familiar.
179. Previa a la separación, las instituciones de protección del Estado (el Ministerio de Inclusión y la Junta) deben prestar la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos e hijas¹⁹⁴; asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia; darán información, servicios y apoyo generales a los menores de edad con discapacidad y a sus familias. Finalmente, para que una sociedad sea inclusiva, el Estado debe hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad.¹⁹⁵
180. Los motivos, entonces, deben tener relación con la protección y el ejercicio de derechos. Después de ponderar los hechos, los efectos, el interés superior, se debe concluir que hay mejores condiciones de protección y ejercicio de derechos en el acogimiento institucional que en el entorno familiar.
181. La medida de acogimiento institucional debe tener carácter y determinación temporal.¹⁹⁶ La determinación inicial puede variar siempre que exista una debida motivación y orientación en el interés superior del niño. Considerando la temporalidad de las medidas de protección y tomando en cuenta su objetivo, las mismas deberán ser revisadas periódicamente, sin que sea necesario petición de parte, para determinar si siguen siendo necesarias para la protección del niño o niña,

¹⁹² CIDH. Informe temático, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, 17 octubre 2013, párrafo 172.

¹⁹³ ONU, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea consideración primordial, artículo 3 párrafo 1*. 2013, párrafo 61; Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 76.

¹⁹⁴ ONU, *Convención sobre los Derechos del Niño*, artículo 23 literal c.

¹⁹⁵ ONU, *Convención sobre los Derechos del Niño*, artículo 24 literal c.

¹⁹⁶ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 77.



si deben ser modificadas o si deben cesar.¹⁹⁷ En estos análisis periódicos se debe tener en cuenta el desarrollo personal y variación de las necesidades de la niña o niño.¹⁹⁸

182. El acogimiento institucional indeterminado, la prolongación indefinida del acogimiento institucional, la ausencia de revisión y evaluación periódica de la medida, violan el derecho a la libertad y al cuidado familiar.

5. La reparación integral

183. La Constitución establece que cuando exista una violación de derechos, reconocida por un juez o jueza, procederá la reparación integral.¹⁹⁹ Por su parte, la ley desarrolla el derecho a la reparación integral, estableciendo varias modalidades de reparación.²⁰⁰

184. Las medidas de reparación, para determinar las obligaciones y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, deberán ser:

- a. *Adecuadas*. Las medidas deben tener relación con la violación de derechos y con las circunstancias para que casos semejantes no vuelvan a repetirse.
- b. *Deseables*. Las medidas deben responder, en la mayor medida posible, a los requerimientos de la víctima. Por ello, los jueces y juezas escucharán y tomarán en cuenta para la decisión la voz de la víctima.
- c. *Aceptables*. Las medidas deben ser aceptables en el contexto social y cultural en el que se desenvuelve la víctima.
- d. *Posibles*. Las medidas deben poder materializarse. Para ello, se debe considerar el sistema jurídico vigente, las posibilidades económicas, el tiempo, la disponibilidad de las personas o entidades encargadas de ejecutar la medida, y más circunstancias que hagan posible que las medidas sean efectivamente ejecutadas.

185. Rosa, con respecto a su situación actual, cuando se le preguntó por una posible reparación y sobre la intervención estatal, en la audiencia ante la Corte, manifestó:

¹⁹⁷ CIDH. Informe temático, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, 17 octubre 2013, párrafo 174; Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 9 de marzo de 2018, párrafo 347.

¹⁹⁸ Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 9 de marzo de 2018, párrafo 348.

¹⁹⁹ Constitución, artículo 86 (3).

²⁰⁰ LOGJCC, artículo 18.



[El hijo y el acogimiento institucional]...yoirme no, dice yoirme ya no estoy para ir, ya estoy joven, ya no puedo ir a ningún acogido, yo no sé por qué me llevaron, mami, yo no entiendo mami...

Yo me fui para psicólogo, me hicieron tranquilizar y entonces ya me poní bien...

No había nada apoyo de escuela, dios le pague una señorita llegaban para ayudar, una señorita llegaba, tres señoritas llegaban para ayudar para que, para ayudar en los deberes...: dentro dentro, por mi pobreza dentro, con confianza dentro, entraron adentro, me vinieron ayudando también ahí a hacer deberes...

[La Junta] ya no me vuelven, para qué voy a mentir... me da miedo que vayan así, me da miedo...

[La escuela] de ahí una señorita entra bravísima, dice –de nuevo voy a mandar a guaguas a Casa Hogar... La profesora de ahí, de Dolores Sucre –me voy a mandar de nuevo para Casa Hogar a tus hijos porque no ha hecho deberes... La profesora me trata mal... vos eres un pobre, que vos tienes así a tus hijos, me dijo la profesora. Qué no me va a dar despecho, señor juez...

Yo tengo miedo para reuniones, yo no me voy a ir a presentar, yo no quiero dar, yo no voy a ir a presentar... Si tú vas a contar, si tú vas a quejarte, yo también tengo mejor abogado, te voy a mandarte preso, me dijo... verás dice: si tú te vas a avisar te quito a tus hijos...²⁰¹

- 186.** En cuanto a la restitución, que era la principal pretensión de Rosa, los hijos e hijas de Rosa, por orden judicial tomada fuera del recurso de hábeas corpus, salieron del acogimiento institucional y volvieron a estar con su madre.
- 187.** En cuanto a la rehabilitación, que consiste en procurar que las personas tengan las condiciones para poder ejercer derechos, se dispone que la Defensoría del Pueblo, a través de la delegación provincial que dispusiere, en coordinación con las entidades del sistema descentralizado de protección de la niñez y adolescencia, en particular a la Junta de Protección de Derechos del cantón donde reside Rosa, con la participación y consentimiento de Rosa, realice todas las gestiones que fueren necesarias para acompañar y patrocinar a Rosa y que pueda ser beneficiaria de programas de inclusión social. En particular, para que pueda ser incluida en programas de alfabetización, vivienda, bono de desarrollo humano y más programas disponibles para personas en situación de vulnerabilidad por circunstancias de extrema pobreza.

²⁰¹ Rosa Pérez Siguencia, testimonio en audiencia reservada, 13 de agosto de 2020.



La Defensoría del Pueblo, en el plazo de 15 días, deberá especificar la delegación de la Defensoría encargada de coordinar y ejecutar las medidas de este párrafo e informar a la Corte. De igual modo, la Defensoría deberá, semestralmente, informar a la Corte sobre la ejecución de esta medida.

- 188.** También, como medida de rehabilitación, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, mediante delegación a quien corresponda, en el plazo 60 días contados desde la notificación de esta sentencia, deberá informar a esta Corte, previo análisis de la situación familiar de la ciudadana Rosa Pérez Sigüencia y de sus hijos e hijas, sobre los beneficios o programas que, en el marco de su competencia, podrían ser incluidos, tales como el bono de desarrollo humano u otros programas disponibles para atender su situación de pobreza, en caso de que así lo deseen. Asimismo, en el plazo de 90 días, contados desde la notificación de esta sentencia deberá informar a este Organismo, respecto de la inclusión a programas y servicios que la familia, una vez informada, haya aceptado recibir.
- 189.** En cuanto a la satisfacción, la Corte considera que esta sentencia puede ser una manera de reconocer el sufrimiento y los derechos de los miembros de la familia de Rosa, y que puede constituir una forma de reparación.
- 190.** Para cumplir con la obligación de no repetir las violaciones a los derechos durante el momento del allanamiento y el acogimiento familiar, la Corte considera que se deben tomar medidas diferenciadas.
- 191.** El Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional en coordinación con el Ministerio de Inclusión Económica y Social deberá:
 - a.** Elaborar un protocolo para garantizar y supervisar la seguridad e integridad de los niños, niñas y adolescentes, al interior de las Casas de Acogida.
 - b.** Informar a la Corte en el plazo de seis meses el cumplimiento de esta obligación.
- 192.** El Ministerio de Gobierno deberá:
 - a.** Elaborar un protocolo, en consulta con la Fiscalía General del Estado y el Consejo de la Judicatura, que establezca los derechos y el procedimiento para el allanamiento de domicilio cuando se trate de ejecutar medidas de protección por parte de la DINAPEN, conforme lo dispuesto en los párrafos 112 y 113 de esta sentencia.
 - b.** Difundir los principios, derechos y el protocolo para la ejecución de procedimientos de allanamiento cuando estén involucrados niños, niñas y adolescentes tanto a los jueces con competencia para resolver asuntos de protección de niñez y adolescencia como a miembros de la DINAPEN. El Ministerio del Gobierno, además, capacitará a los miembros de la DINAPEN



sobre la excepcionalidad del uso de progresivo de la fuerza, de acuerdo a lo establecido en esta sentencia y a lo establecido en instrumentos internacionales de derechos humanos y en las normas existentes en el sistema jurídico ecuatoriano.

- c. Entregar, por el impacto emocional y más daños inmateriales que provocó a los miembros de la familia, a Rosa y como medida de compensación, por equidad, la cantidad de dos mil dólares (USD 2.000). Para la entrega de esta compensación, el Ministerio prestará las facilidades que sean necesarias para que se haga efectiva la entrega, si fuere necesario incluso la apertura de una cuenta bancaria a su nombre.
- d. Cumplir estas medidas en el plazo de seis meses e informar, al fenecer el plazo, a la Corte.

V. Decisión

La Corte Constitucional, conforme lo dispuesto en los artículos 436 (6) de la Constitución y 25 de la LOGJCC, resuelve:

1. Declarar que a Rosa y a sus hijos e hijas se les violó su derecho a la libertad, a la intimidad familiar y a la integridad física durante la ejecución del allanamiento domiciliario, y se afectó parcialmente el derecho a un debido cuidado institucional que fortalezca los vínculos familiares y se encamine a una adecuada reinserción familiar, y revocar la sentencia objeto de revisión.
2. Disponer que esta sentencia, que reconoce el sufrimiento y la violación de derechos de Rosa y su familia, constituye una forma de reparación.
3. Disponer que la Defensoría del Pueblo, a través de la delegación provincial que señalare para el efecto, cumpla con lo dispuesto en el párrafo 187 de esta sentencia.
4. Disponer que el Ministerio de Inclusión Económica y Social, mediante delegación a quien corresponda, cumpla con lo dispuesto en el párrafo 188 de esta sentencia.
5. Disponer que el Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional en coordinación con el Ministerio de Inclusión Económica y Social deberán cumplir con lo dispuesto en el párrafo 191 de esta sentencia.
6. Disponer que el Ministerio de Gobierno cumpla con lo dispuesto en el párrafo 192 de esta sentencia.



7. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

LUIS HERNAN BOLIVAR SALGADO PESANTES
Firmado digitalmente por LUIS HERNAN BOLIVAR SALGADO PESANTES
Fecha: 2021.03.12 10:10:16 -05'00'

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, Enrique Herrería Bonnet (voto concurrente), Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez y Daniela Salazar Marín; y, un voto salvado del Juez Constitucional Hernán Salgado Pesantes; en sesión ordinaria de miércoles 24 de febrero de 2021.- Lo certifico.

AIDA SOLEDAD GARCIA BERNI
Firmado digitalmente por AIDA SOLEDAD GARCIA BERNI

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 202-19-JH/21

VOTO CONCURENTE

Juez Constitucional Enrique Herrería Bonnet

I. Antecedentes

1. El Pleno de la Corte Constitucional en sesión del 24 de febrero de 2021, aprobó la sentencia 202-19-JH/21, mediante la cual se analizó la acción de hábeas corpus presentada por la señora Rosa Pérez Siguencia, en contra del juez de la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia de Azogues, quien dictó un allanamiento en su contra; de la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Azogues; y, del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Azogues.
2. Coincidiendo con la decisión contenida en la sentencia N°. 202-19-JH/21, formulo el siguiente voto concurrente en virtud del tratamiento argumentativo que versa sobre el allanamiento como objeto de la acción de hábeas corpus.

II. Análisis

2.1. Disidencia respecto a las particularidades sobre el allanamiento como objeto susceptible de hábeas corpus.

3. Según el artículo 84 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE¹), la acción de hábeas corpus tiene por objeto:

*recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.*¹

4. De conformidad con el artículo anterior, esta garantía jurisdiccional busca *proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona*².
5. En este sentido, es notorio que al pretender recuperar la libertad de una persona, a través de una acción de hábeas corpus, se requiere que el derecho de la persona haya sido afectado.

¹ De la misma forma, la Convención Americana sobre derechos humanos, en su artículo 7.6, prevé que "Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales (...)".

² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Suplemento N°. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 43.



6. Bajo este supuesto, debe evaluarse si todos los allanamientos podrían ser objeto de esta garantía jurisdiccional. Al respecto, se debe considerar que en el párrafo 119 del voto de mayoría, se establece lo siguiente:

Los hechos narrados en este acápite [el momento de la privación de libertad: el allanamiento] son objeto de hábeas corpus y constituyen una violación al derecho a la libertad, la intimidad familiar y la integridad física de Rosa y de sus hijas e hijas.

7. Así, el voto de voto de mayoría considera que los supuestos fácticos del allanamiento, son susceptibles a ser analizados a través de la garantía jurisdiccional que nos ocupa.
8. Disiento de esta afirmación, puesto que el allanamiento es:

un acto limitativo de una garantía constitucional, consistente en el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado en contra de la voluntad de quién está protegido por esa garantía, cumplido por una autoridad judicial con fines procesales, y legitimado solamente cuando se han satisfecho las formalidades impuestas por la ley ritual.³

9. En este sentido, el allanamiento es un acto procesal, por medio del cual se ingresa al domicilio de otra persona, con orden judicial y siempre ajustándose al fin que persigue esta medida. Así, si bien toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar, así como a la inviolabilidad de su domicilio, el allanamiento constituye una *excepción*.
10. Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, existen distintos tipos de allanamiento regulados por las siguientes disposiciones normativas y reglamentarias. Así, (i) la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, contemplan al allanamiento como una diligencia de inspección⁴; (ii) el Código de la

³ Jorge Claria Olmedo. *Tratado de Derecho Procesal*. Ediar, Buenos Aires, 2009, pág. 416.

⁴ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Suplemento N°. 555 de 13 de octubre de 2011. Artículo 51. "Autorización judicial.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado deberá solicitar al juez la autorización e intervención para que él, o los funcionarios de la Superintendencia, efectúen allanamientos, retenciones, así como para obtener y mantener copias de la correspondencia física y virtual, incluyendo cuentas bancarias y otra información de carácter confidencial, reservado o secreto. La autorización señalada en este artículo deberá ser conferida por cualquier autoridad judicial de la jurisdicción en la cual se vayan a realizar las acciones indicadas en el inciso anterior, aun cuando no sea del domicilio del investigado o denunciado, dentro del término de 24 horas previsto en esta Ley". Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos. Suplemento N°. 899 de 9 de diciembre de 2016. Artículo 562. (...) "La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales deberá solicitar al juez la autorización e intervención para que el, o los servidores de la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, efectúen allanamientos que podrán incluir la ruptura de seguridades". Cfr. Instructivo para la Realización de Inspecciones y Allanamientos y Mantenimiento de la Cadena de Custodia de Evidencias en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.



Niñez y Adolescencia, observa al allanamiento como una medida de protección⁵; (iii) el Código Orgánico Integral Penal toma al allanamiento como una prueba que se realiza como una actuación especial de investigación y puede ser ejecutada en casos taxativos⁶; (iii) el Reglamento a la Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia⁷ y el Manual para Atención de Casos de Violencia Intra Familiar⁸,

⁵ Código de la Niñez y Adolescencia. Suplemento N°. 737 de 3 de enero de 2003, artículos 79 y 125. Artículo 79. *Medidas de protección para los casos previstos en este título.- Para los casos previstos en este título y sin perjuicio de las medidas generales de protección previstas en este Código y más leyes, las autoridades administrativas y judiciales competentes ordenarán una o más de las siguientes medidas: 1. Allanamiento del lugar donde se encuentre el niño, niña o adolescente, víctima de la práctica ilícita, para su inmediata recuperación. Esta medida sólo podrá ser decretada por el Juez de la Niñez y Adolescencia, quien la dispondrá de inmediato y sin formalidad alguna (...); Artículo 125.- Retención indebida del hijo o la hija.- El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución. Si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación".*

⁶ Código Orgánico Integral Penal. Suplemento N°. 180 de 10 de febrero de 2014. Artículo 480 "El domicilio o el lugar donde la persona desarrolle su actividad familiar, comercial o laboral, podrá ser allanado en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de detener a una persona contra la que se ha dictado orden de detención con fines de investigación, prisión preventiva o se ha pronunciado sentencia condenatoria ejecutoriada con pena privativa de libertad. 2. Cuando la Policía Nacional esté en persecución ininterrumpida de una persona que ha cometido un delito flagrante. 3. Cuando se trate de impedir la consumación de una infracción que se está realizando o de socorrer a sus víctimas. 4. Cuando se trate de socorrer a las víctimas de un accidente del que pueda correr peligro la vida de las personas. 5. Cuando se trate de recaudar la cosa sustraída o reclamada o los objetos que constituyan elementos probatorios o estén vinculados al hecho que se investiga. En estos casos se procederá a la aprehensión de los bienes. 6. En los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando deba recuperarse a la agredida, agredido, o a sus familiares; cuando la agresora o el agresor se encuentre armado o bajo los efectos del alcohol, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización o esté agrediendo a su pareja o poniendo en riesgo la integridad física, psicológica o sexual de cualquier miembro de la familia de la víctima. 7. Cuando se trate de situaciones de emergencia, tales como: incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad. En los casos de los numerales 1 y 5 se requerirá orden motivada de la o el juzgador y en los demás casos no requerirá formalidad alguna (...)" Cfr. Artículo 34.- La jueza o juez penal competente, cuando el hecho fuere público o notorio, o mediante denuncia escrita o a pedido de las Autoridades Militares, podrán ordenar el allanamiento de un local o domicilio del presunto responsable para la incautación o decomiso de armas de fuego, municiones, explosivos y accesorios que mantenga ilegalmente en su poder, sujetándose a las normas previstas en el Código de Procedimiento Penal para el efecto.

⁷ Reglamento a la Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia. Suplemento N°. 411 de 01 de septiembre de 2004. Artículo 22. " El allanamiento es una medida de protección que se la utilizará en los casos determinados en las leyes. En esta diligencia, la participación de la autoridad es indelegable; quien debe ir acompañada de la Policía, no pudiendo ingresar al lugar allanado otras personas que no sean las autorizadas. Se podrá ordenar el allanamiento mediante oficio y sin necesidad de providencia en los siguientes casos: a) Cuando deba recuperarse a la agredida o sus familiares y el/la agresor/a los mantenga intimidados; y, b) Para sacar al agresor/a de la vivienda, cuando éste/a se encuentre armado/a, o bajo los efectos del alcohol, de sustancias estupefacientes o drogas psicotrópicas, y esté agrediendo a la mujer o poniendo en riesgo la integridad física, psicológica o sexual de la familia de la víctima". Asimismo, el artículo 23 de la ley *ibidem* prevé: " Si presentada la orden de allanamiento el



reconocen al allanamiento como una medida de protección para las víctimas; (iv) el Código Tributario, ve al allanamiento como una diligencia⁹; y, (v) el Reglamento General de la Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores, toma al allanamiento, entre otras, como una medida de protección¹⁰.

11. De esta forma, toda vez que existen distintos tipos de allanamiento, con diversa finalidad y procedimiento, el allanamiento, de manera general, no se configura automáticamente en una vulneración al derecho a la libertad. Más aún si este se efectúa como una diligencia dentro del proceso.¹¹

PABLO ENRIQUE
HERRERIA BONNET

Firmado digitalmente por PABLO
ENRIQUE HERRERIA BONNET
Fecha: 2021.03.19 12:06:10 -05'00'

Dr. Enrique Herrería Bonnet
JUEZ CONSTITUCIONAL

agresor se resistiere a la entrega de la persona agredida o sus familiares, se procederá al quebrantamiento de puertas o cerraduras. Para esta diligencia se deberá contar con la presencia del dueño o del actual habitante de la vivienda, o, a su falta, de dos vecinos del lugar en calidad de testigos".

⁸ Manual para Atención de Casos de Violencia Intra Familiar. Suplemento N°. 229 de 15 de marzo de 2016. "El allanamiento es una medida de protección que se la usará en los casos determinados en las leyes. En esta diligencia, la participación de la autoridad es indelegable; y, debe ir acompañada de la Policía, no pudiendo ingresar al lugar allanado otras personas que no sean las autorizadas. Se podrá ordenar el allanamiento mediante oficio y sin necesidad de providencia, en los siguientes casos, al tenor del artículo 14 de la Ley 103: a) Cuando deba recuperarse a la agredida o a familiares y el/la agresor/a los mantenga intimidados; y, b) Para sacar a el/la agresor/a de la vivienda. Igualmente, cuando éste/a se encuentre armado/a o bajo los efectos del alcohol, de sustancias estupefacientes o drogas psicotrópicas, y esté agrediendo a la mujer o poniendo en riesgo la integridad física, psicológica o sexual de la familia de la víctima".

⁹ Código Tributario. Suplemento N°. 38 de 14 de junio de 2005. Artículo 171. "Cuando el deudor, sus representantes o terceros no abrieren las puertas de los inmuebles en donde estén o se presuma que existan bienes embargables, el ejecutor ordenará el descerrajamiento para practicar el embargo, previa orden de allanamiento y bajo su responsabilidad (...)". Cfr. Código Orgánico Administrativo. Suplemento N°. 31 de 7 de julio de 2017. Artículo 291.

¹⁰ Reglamento General Ley Orgánica de las Personas Adultas Mayores. Suplemento N°. 241 de 8 de julio de 2020. Artículo 52. "Autoridad Judicial: Las y los jueces competentes conocerán y resolverán los casos de vulneración de derechos de las personas adultas mayores en su respectiva jurisdicción, para lo cual adoptarán las medidas judiciales de protección de derechos establecidas en la normativa vigente a fin de garantizar la integridad de las personas adultas mayores. Entre otras medidas, podrán disponer la custodia de las personas adultas mayores; el acogimiento institucional de las personas adultas mayores; régimen de visitas de las y a las personas adultas mayores; pago de pensiones alimenticias a favor de las personas adultas mayores y/o el pago de los gastos que demande la custodia de las personas adultas mayores; y, el allanamiento del lugar donde se encuentre la persona adulta mayor o donde se presuma que está siendo violada en sus derechos".

¹¹ A pesar de lo comentado, concuerdo con el voto de mayoría en que existió una vulneración de derechos dentro del caso *sub judice*, siguiendo la línea de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 11, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Escué Zapata vs. Colombia, sentencia de 4 de julio de 2007, párr. 95: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación"; "La protección de la vida privada, la vida familiar y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública".

ECUADOR



Razón.- Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Enrique Herrería Bonnet, en la causa 202-19-JH, fue presentado en Secretaría General el 08 de marzo de 2021, mediante correo electrónico a las 22:03; 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

SENTENCIA No. 202-19-JH/21

VOTO SALVADO

Juez Constitucional Hernán Salgado Pesantes

Me aparto del voto de mayoría, ponencia del juez Ramiro Avila Santamaría, por las consideraciones que se desarrollan a continuación:

I. Antecedentes.-

1. La sentencia No. 202-19-JH/21 revisó la acción de hábeas corpus presentada por la señora Rosa Margarita Pérez Sigüencia en favor de sus cinco hijos respecto a una entidad de acogimiento institucional. En la decisión de mayoría, la Corte Constitucional declaró la vulneración de derechos a la libertad, a la intimidad personal, a la integridad física y a " *un debido cuidado institucional*", razón por la cual se dispusieron varias medidas de reparación.

2. En la sentencia se desarrolló la posibilidad de presentar una acción de hábeas corpus correctivo en este tipo de casos. Cuestión que puedo aceptarla si se la fundamenta en un análisis jurídico adecuado que observe los preceptos aplicables a la actividad probatoria, y no en un diálogo subjetivo con la accionante que deja de lado a las declaraciones del personal de la Casa de Acogida Hogar de Jesucristo, miembros de la Junta de Protección de Derechos de la ciudad de Azogues y demás autoridades y servidores vinculados.

II. Análisis jurídico.-

Legalidad del acogimiento institucional

3. En la sentencia de mayoría se indica de forma categórica que "[e] *acogimiento institucional de niñas y niños es una forma de privación de libertad*". Para llegar a esta conclusión, se cita el caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala que fue conocido y resuelto en sentencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH"). Sobre este punto, me permito señalar que tal decisión merece ser contextualizada a efectos de establecer de forma adecuada el alcance del acogimiento institucional.

4. El caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala se refiere a la separación de dos niños de su familia, para su internamiento en una casa hogar y su posterior **adopción** por parte dos familias estadounidenses. En relación con el acogimiento residencial, en el análisis sobre el derecho a la libertad personal, la Corte IDH estableció que:



*"...el acogimiento residencial de niñas y niños **puede constituir una forma de privación de libertad, si las niñas y niños están sujetos a medidas de restricción de su libertad ambulatoria** que van más allá de las reglas que impondría una familia para salvaguardar el bienestar de la niña o el niño, como por ejemplo, prohibirles salir de noche"¹ (Énfasis añadido).*

5. Frente a lo expuesto, se observa que no necesariamente el acogimiento institucional constituye una forma de privación de la libertad. Para el efecto, se tienen que analizar las circunstancias de cada caso y las particularidades de la institución a efectos de establecer si los niños o niñas están sujetos a medidas de restricción de su libertad ambulatoria. Tal es así que, en dicho caso, la Corte IDH encontró que:

*"... Osmín Tobar Ramírez estuvo internado en una casa hogar de la Asociación Los Niños de Guatemala desde el 9 de enero de 1997 hasta julio de 1998 (supra párrs. 85 y 116). No consta en el expediente suficiente información sobre el régimen o las condiciones de dicho centro y si se restringía o no su libertad ambulatoria. Por tanto, **no es posible determinar si dicho acogimiento residencial constituyó una privación de la libertad personal en los términos de los artículos 7.2 y 7.3 de la Convención Americana**"² (Énfasis añadido).*

6. Por estos motivos, en el conocimiento de una eventual acción de hábeas corpus, se deben analizar las particularidades de cada caso para establecer si el acogimiento institucional constituyó o no una privación de libertad, lo cual permitirá a los jueces competentes delimitar el objeto de análisis correspondiente a esta garantía. En consecuencia, no cabe afirmar, sin más, que "...[e]l acogimiento institucional de niñas y niños es una forma de privación de libertad..".

Allanamiento

7. En la sentencia de mayoría se reconoce que el allanamiento del domicilio no fue un punto expuesto por la accionante y no fue motivo de análisis dentro de la acción de hábeas corpus. Sin embargo, más adelante se indica que en la audiencia ante la Corte Constitucional fue un hecho mencionado y que el momento inicial de la detención es importante como parte del hábeas corpus, por lo que en el fallo de mayoría se afirma que "...la Corte no puede dejar de analizar los hechos ocurridos a la luz de los derechos concernidos...".

8. Con base en estos argumentos, se analiza sobre el allanamiento concluyéndose que "...en el caso no se trató con respeto y dignidad a los niños y niñas, no hubo información alguna a la persona responsable, Rosa, sobre el allanamiento, ni a los niños y niñas, se utilizó la fuerza sin que exista justificación alguna (uso progresivo)...".

¹ Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351., párrafo 329.

² Ibidem, párr. 330.



9. Al respecto, en mi criterio aquella determinación no se respalda con claridad en un sustento probatorio basado en principios como los de necesidad de la prueba, verdad procesal y en particular el de contradicción de la prueba³, indispensables para arribar a aquella conclusión. Pero además, este asunto versa sobre un hecho extraño a la acción de hábeas corpus y, por tanto, no cabía que la Corte Constitucional se pronuncie en una sentencia de revisión.

10. En efecto, esta misma Magistratura ha delimitado su campo de análisis en los casos de revisión de garantías jurisdiccionales. En concreto, en la sentencia No. 159-11-JH/19 se estableció que:

*"10. Para cumplir el propósito de desarrollar los derechos y garantías mediante el proceso de revisión y garantizar la seguridad jurídica, la contradicción y, en general, el debido proceso en los casos de selección, la Corte debe precautelar los derechos de las partes intervinientes al momento de revisar las causas seleccionadas. Para el efecto, la Corte debe notificar a todas las partes procesales desde el avoco de conocimiento de la causa seleccionada, convocar a una audiencia en la que las partes serán debidamente escuchadas y restringir el análisis jurídico a los hechos del caso que han sido conocidos en sede jurisdiccional"*⁴ (Énfasis añadido).

11. En este sentido, de acuerdo con la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional, al no haber sido materia en sede jurisdiccional, el allanamiento no pudo ser objeto de análisis en la revisión de la sentencia del hábeas corpus y, por lo tanto, no se podía declarar la vulneración de derechos que se desprendan de tal situación, teniendo en cuenta además las normas procesales relativas a la práctica y valoración de elementos de prueba, con las debidas particularidades establecidas en la ley para el ámbito constitucional.

12. La delimitación del ámbito de análisis en el ejercicio de la competencia de revisión, como se lo ha mencionado, busca garantizar la seguridad jurídica y el debido proceso de las partes. De esta manera, considero que la Corte debe adecuar sus actuaciones a sus competencias constitucionales, legales y a sus propios lineamientos jurisprudenciales, sin extralimitarse en el ejercicio de sus funciones.

13. En el caso concreto, al no circunscribirse a los hechos conocidos en sede jurisdiccional, como lo reconoce la propia sentencia de mayoría, la Corte Constitucional se extralimitó en sus funciones, apartándose incluso de su propia jurisprudencia.

³ Esto en razón de que, como se señalará a continuación, este hecho no analizado en sede jurisdiccional no podía ser objeto de la sentencia de revisión, según lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; motivo por el cual, me cuestiono cómo se pudo ejercer la contradicción (art. 76, 7, h de la Constitución) de una afirmación que no era objeto material de la audiencia llevada a cabo ante este Organismo. Inclusive, del texto de la sentencia se aprecia que las autoridades y funcionarios responsables del allanamiento no fueron convocados a la mencionada diligencia.

⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 159-11-JH/19 de 26 de noviembre de 2019, párr. 10.



14. Por estos motivos considero que, independientemente del desarrollo de estándares relacionados con el cumplimiento de órdenes judiciales, en casos relacionados con medidas dispuestas en favor de la niñez y la adolescencia, no correspondía declarar la vulneración de derechos en el caso objeto de revisión.

Hábeas corpus correctivo

15. En la sentencia de mayoría se indica que existió una deficiencia en el rol de cuidado institucional que afectó los derechos de los niños y niñas en el caso, lo cual habría podido ser conocido por medio del hábeas corpus correctivo. Al respecto, se señala que esta garantía, en este tipo de casos, "*no tiene un carácter residual y que podría presentarse sin que previamente se hayan realizado pedidos de revisión de la medida en sede administrativa o jurisdiccional...*".

16. Al respecto, considero que no se ha realizado una diferenciación adecuada de los mecanismos ordinarios para protección de derechos de la niñez y adolescencia frente a la acción de hábeas corpus.

17. En primer lugar, de conformidad con el Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante "CNA"), el acogimiento institucional es una medida judicial de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Su artículo 215, segundo inciso, establece que:

"(...) Las medidas de protección imponen al Estado, sus funcionarios o empleados o cualquier particular, incluidos los progenitores, parientes, personas responsables de su cuidado, maestros, educadores y el propio niño, niña o adolescentes, determinadas acciones con el objeto de hacer cesar el acto de amenaza, restituir el derecho que ha sido vulnerado y asegurar el respeto permanente de sus derechos".

18. El acogimiento institucional al ser una medida judicial de protección solo puede ser ordenada por las y los jueces de la Niñez y Adolescencia, tal como lo disponen el artículo 218 del CNA. En tal virtud, el artículo 219 del CNA contempla que, en este tipo de casos, los jueces de la Niñez y Adolescencia:

*"... tienen la responsabilidad de hacer el seguimiento de las medidas de protección que han ordenado, **revisar su aplicación** y **evaluar periódicamente su efectividad**, en relación con las finalidades que se tuvieron al momento de decretarlas. Las medidas de protección pueden ser **sustituidas, modificadas o revocadas** por la autoridad que las impuso" (Énfasis añadido).*

19. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 216 del CNA establece que pueden decretarse una o más medidas de protección para un mismo caso y aplicarse de forma simultánea o sucesiva. De esta manera, el artículo 217 enumera estas medidas en los siguientes términos:



"Art. 217. - Enumeración de las medidas de protección.- Las medidas de protección son administrativas y judiciales.

Además de las contempladas en el Título IV del Libro Primero y en otros cuerpos legales, son medidas administrativas de protección:

*1. Las acciones de carácter **educativo, terapéutico, psicológico o material de apoyo** al núcleo familiar, para preservar, fortalecer o restablecer sus vínculos en beneficio del interés del niño, niña o adolescente;*

*2. La **orden de cuidado** del niño, niña o adolescente en su hogar;*

*3. La **reinserción familiar o retorno** del niño, niña y adolescente a su familia biológica;*

*4. La orden de **inserción** del niño, niña o adolescente o de la persona comprometidos en la amenaza o violación del derecho, en alguno de los **programas de protección** que contempla el Sistema y que, a juicio de la autoridad competente, sea el más adecuado según el tipo de acto violatorio, como por ejemplo, la orden de realizar las investigaciones necesarias para la identificación y ubicación del niño, niña o adolescente o de sus familiares y el esclarecimiento de la situación social, familiar y legal del niño, niña o adolescente, la orden de ejecutar una acción determinada para la restitución del derecho conculcado, tal como: imponer a los progenitores la inscripción del niño, niña o adolescente en el Registro Civil o disponer que un establecimiento de salud le brinde atención de urgencia o que un establecimiento educativo proceda a matricularlo, etc.;*

*5. El **alejamiento temporal de la persona que ha amenazado o violado un derecho o garantía, del lugar en que convive con el niño, niña o adolescente afectado**; y,*

*6. La **custodia de emergencia** del niño, niña o adolescente afectado, en un hogar de familia o una entidad de atención, hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección que corresponda.*

Son medidas judiciales: el acogimiento familiar, el acogimiento institucional y la adopción" (Énfasis añadido).

20. Por otro lado, el artículo 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que el objeto del hábeas corpus es proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad por autoridad competente o por cualquier persona.

21. En la sentencia se indica que, por medio de esta acción, los jueces en su conocimiento podían: *"..haber dispuesto medidas correctivas encaminadas a garantizar el cuidado institucional, tales como disponer que Rosa sea informada y participe en las decisiones sobre sus hijos e hijas, garantizar un tiempo razonable para las visitas con el objetivo de fortalecer los vínculos familiares, disponer la investigación*



en casos de denuncias de maltrato, disponer la coordinación entre las diversas instituciones para garantizar el desarrollo integral de los niños y niñas...".

22. Si bien se tratan de medidas encaminadas a proteger los derechos de los niños y niñas en el presente caso, considero que los mecanismos ordinarios son los más adecuados para el seguimiento y el establecimiento de acciones correctivas frente al acogimiento institucional.

23. Al respecto, la acción de hábeas corpus constituye una garantía jurisdiccional de protección de los derechos de las personas privadas de libertad. Así, los jueces y juezas al momento de conocer un caso relacionado con acogimiento institucional no sólo tienen que analizar las condiciones de los niños, niñas y adolescentes, sino también si en realidad constituyó o no en una forma de privación de libertad cuyas condiciones afecten sus derechos.

24. Por el contrario, los mecanismos ordinarios, al tener una perspectiva especializada en derechos de la niñez y adolescencia, garantizan de forma directa sus derechos, más allá de considerar si existe o no privación de libertad. Además, no sólo el juez podía realizar el seguimiento de las medidas dispuestas y las condiciones de los niños en el acogimiento institucional, sino también la Junta de Protección de Derechos.

25. Por estos motivos, pese a que la decisión de mayoría sostiene que a través del hábeas corpus se podían implementar algunas medidas por su carácter no residual, estimo que en el presente caso no cabía debido a que las medidas señaladas sí podían ser adoptadas de forma directa en sede administrativa o judicial conforme el Código de la Niñez y Adolescencia.

26. Además, no se puede dejar de reconocer lo que la misma sentencia de mayoría indica sobre la labor de la Casa de Acogida Hogar de Jesucristo. Tal es así que se señala que *"...los hijos e hijas de Rosa recibieron atención y cuidados, tales como alimentación, vivienda, apoyo educativo y psicológico..."*. Pese a que de los hechos del caso se observaron algunas dificultades en la implementación de esta medida, hubo seguimiento y se dispuso el retorno de los hijos al hogar de la señora Rosa Pérez.

27. En virtud de lo expuesto, me encuentro en desacuerdo con los fundamentos jurídicos, delimitación de los hechos y decisión adoptada por la mayoría de juezas y jueces de la Corte Constitucional, por lo que respetuosamente salvo mi voto en los términos desarrollados previamente.

**LUIS HERNAN
BOLIVAR
SALGADO
PESANTES** Firmado digitalmente
por LUIS HERNAN
BOLIVAR SALGADO
PESANTES
Fecha: 2021.03.12
10:10:38 -05'00'

Dr. Hernán Salgado Pesantes
JUEZ CONSTITUCIONAL



Razón.- Siento por tal que el voto salvado del Juez Constitucional Hernán Salgado Pesantes, en la causa 202-19-JH, fue presentado en Secretaría General el 10 de marzo de 2021, mediante correo electrónico a las 14:43; 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



DIRECCIÓN DE LITIGIO ESTRATÉGICO CASACIÓN Y REVISIÓN

15

Banco de Resoluciones en temas de Litigio Estratégico

JURISPRUDENCIA CASO No. 2622-17-EP

TRIBUNAL	Corte Constitucional del Ecuador
MATERIA	Constitucional Acción Extraordinaria de Protección – Habeas Corpus.
INTERVINO LA DEFENSORIA PÚBLICA	Si
DATOS DEL DEFENSOR/A PÚBLICO	Dr. Paul Fernando Flores Pazmiño Defensor Público, Abogado y Magister en Derechos Humanos - Sistemas de Protección, en su trayectoria profesional laboró en la Defensoría del Pueblo como Especialista en Derechos Humanos y de la Naturaleza, ex Director del Centro de Rehabilitación Social Sierra Centro Norte Regional Cotopaxi, fue Coordinador Zonal 3 del Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, ha fungido como Director Provincial del Cotopaxi para el Instituto Nacional de Reforma Agraria y la Subsecretaría de Tierras y Reforma Agraria, así como Líder Centro Zonal Puyo y Latacunga de la Secretaría Nacional del Agua. También destaca la docencia en la Escuela Superior Politécnica del Ejército con sede en el cantón Latacunga, en la cátedra de Sociología.
DERECHOS INVOLUCRADOS	A la tutela judicial efectiva, al debido proceso en la garantía de la motivación, a ser juzgado dentro de un plazo razonable, a la integridad personal, a la salud, a la privación de libertad en condición de dignidad.
BREVE RELACIÓN DE LOS HECHOS	<p>El 26 de agosto de 2015, Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez, fue trasladado al pabellón de máxima seguridad del Centro de Rehabilitación Social de Cotopaxi (CRSC) para cumplir con una medida personal de prisión preventiva.</p> <p>El 10 de septiembre de 2015, se suscitó un amotinamiento de las personas privadas de libertad en el pabellón de máxima seguridad. Así, un grupo de agentes penitenciarios ingresaron al pabellón de máxima seguridad y sacaron al Sr. Imbaquingo de su celda. Entre los intentos de controlar el amotinamiento, al haber estado sometido en el suelo, un agente disparó con un cartucho de perdigones en la parte baja posterior de la espalda, produciéndole una herida con derrame sanguíneo, ante lo cual fue llevado al Policlínico del CRSC, donde le extrajeron ocho perdigones de su espalda, y fue devuelto a su celda.</p> <p>Por 46 días recibió un tratamiento basado en aplicarle pomadas, antibióticos, analgésicos y antiinflamatorios, luego de ello no recibió atención médica por más de dos años.</p> <p>El 22 de junio del 2017, se presenta acción de hábeas corpus, ante el cual Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, el 30 de junio del 2017, acepta parcialmente la garantía jurisdiccional, declarando vulnerados los derechos constitucionales a la salud y a la atención prioritaria de los derechos de las personas privadas de la libertad y como medida de reparación ordenaron que el accionante “sea</p>



ingresado bajo resguardo policial al Hospital General Provincial de Latacunga, a fin de que sea evaluado, tratado y rehabilitado de manera integral en su salud por el tiempo que el o los facultativos así lo consideren, una vez dado de alta deberá ser remitido nuevamente al [CRSC]”. Inconforme con esta decisión, el accionante interpuso recurso de apelación.

El 31 de julio de 2017, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Cotopaxi resolvió rechazar el recurso de apelación, dispuso medidas adicionales de reparación y confirmó la sentencia subida en grado.

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

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

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

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

El 14 de enero de 2019, la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Latacunga, resolvió imponer medidas alternativas a la privación de la libertad por el tiempo que reste para que cumpla la pena privativa de libertad.

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

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

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



FUNDAMENTOS DE DERECHO	<p>Art. 32, Art. 66.3 literales a), b) y c); Art. 86.3; Art. 203; Art. 75; Art. 76.7 literal l de la Constitución de la República del Ecuador.</p> <p>Art. 43, Art. 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.</p> <p>Art 678 Código Orgánico Integral Penal.</p>
CONTEXTO SOCIAL Y ECONÓMICO DEL CASO	<p>Persona privada de la libertad y discapacitada, grupo de atención prioritaria con doble vulnerabilidad,</p>
INSTANCIA PROCESAL EN LA QUE SE EMITE LA SENTENCIA	<p>Corte Constitucional del Ecuador</p>
INSTRUMENTO Y/O CRITERIO INTERNACIONAL INVOCADO	<ul style="list-style-type: none"> o Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 7. 5 (OEA,1969) o Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso J. vs. Perú, sentencia de 27 de noviembre de 2013. Corte IDH, asunto de la cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Medidas Provisionales, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de agosto de 2002. Caso Chinchilla Sandoval y Otros vs. Guatemala. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. 2005, párr. 162. o Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, art. 11 b) (Asamblea General, Res. No. 70/175) o Principios de Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, en sus principios No. 1 y 10 o Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general N° 14 disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), párr. 12.
MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL ADOPTADAS	<p>Medidas de restitución</p> <p>a. Dejar sin efecto las sentencias dictadas el 20 de junio de 2017 por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi y de 31 de julio de 2017 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Cotopaxi.</p> <p>b. Emitir esta sentencia sobre el mérito de los hechos que motivaron la presentación de la acción de protección, en sustitución de la sentencia dejada sin efecto.</p> <p>c. Declarar que esta sentencia constituye, en sí misma una medida de satisfacción para el señor Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez.</p> <p>Medidas de satisfacción respecto de los jueces que conocieron la acción de hábeas corpus:</p> <p>a. El Consejo de la Judicatura, deberá publicar la presente sentencia durante un plazo de 3 meses consecutivos en la parte principal de su página web principal institucional y difundirla, por una sola vez, por los medios adecuados y disponibles a todos los operadores de justicia.</p> <p>Medidas de satisfacción ordenadas al SNAI</p> <p>a. Presentar disculpas públicas al accionante y su familia por la privación de la libertad ilegal y arbitraria, el grave atentado a su integridad física y la desatención de su cuadro médico que tuvo como consecuencia ulterior que pierda la movilidad de sus piernas y una discapacidad física del 71%. Para esto, en el término de dos meses desde notificada esta sentencia, el SNAI, emitirá un comunicado dirigido y</p>



	<p>notificado directamente en su domicilio, mismo que también deberá ser publicado en la parte principal de su página web institucional por el plazo de dos meses consecutivos. En la publicación debe constar el siguiente texto:</p> <p>“Por disposición de la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 262217-EP/21, el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores presenta disculpas públicas al señor Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez y a su familia, pues reconoce que la privación de la libertad del accionante fue ilegal debido a que fue enviado a un Pabellón de Máxima Seguridad. Además, dado que en el marco de su privación de la libertad fue víctima de disparos en su espalda por parte de agentes penitenciarios y que producto de ello adquirió un cuadro de lumbalgia aguda, que por no haber sido tratada oportunamente generó una discapacidad física del 71%, lo cual conllevó a una vulneración a su derecho a la salud. Esta entidad reconoce su obligación de respetar la Constitución del Ecuador y los instrumentos internacionales en relación con los derechos de las personas privadas de la libertad, más aún cuando se trata de personas que requieren de atención prioritaria que garantice sus derechos, a cuentas de que el Estado es el garante de sus derechos”.</p> <p>b. Cancelar en equidad un total de \$ 5.000,00 (cinco mil dólares americanos) por los daños producidos y la vulnerabilidad a la que se enfrentó por haber sido privado de la libertad en un pabellón de máxima seguridad mientras cumplía prisión preventiva y por la afectación a sus derechos a la integridad física y salud derivadas de la falta de atención médica por un periodo superior a dos años.</p> <p>Medida de rehabilitación ordenada al MSP</p> <p>a. Garantizar, de forma oportuna, todo tratamiento y atención médica que requiera el señor Imbaquingo Sánchez, esto incluye también la continuidad de las visitas en su domicilio; así como el seguimiento telemático y telefónico de su tratamiento. De igual manera, se dispone atención psicológica para el accionante si voluntariamente acepta tenerla.</p> <p>Como garantía de satisfacción ordenadas al SNAI</p> <p>a. Por un plazo de 3 meses desde la notificación de esta sentencia, publicar la presente sentencia en la parte principal de su página web institucional y difundir su contenido, por una sola vez, entre todo el personal del SNAI.</p> <p>b. Realizar una capacitación a todos los y las servidoras públicas del SNAI, sobre los derechos de las personas privadas de libertad que presentan patologías complejas, más aún cuando estas personas tengan algún tipo de discapacidad, a fin de que se asegure una atención de calidad a estas personas. Esta capacitación debe tener como eje el enfoque de derechos humanos y la sensibilización con la realidad de cada una de las personas. Además, se deberá realizar otra capacitación a todos los y las servidoras públicas del SNAI sobre el uso progresivo y racional de la fuerza a la luz de la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional e instrumentos internacionales de derechos humanos. Para estas capacitaciones deberá coordinar acciones con la Defensoría del Pueblo.</p>
<p>FALLO</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aceptar la acción extraordinaria de protección. 2. Declarar que la sentencia dictada el 30 de junio de 2017 por el Tribunal de Garantías Penales vulneró los derechos constitucionales al plazo razonable (art. 8 CADH) y al debido proceso en la garantía de motivación (art. 76.7. I CRE)



	<p>y que la sentencia dictada el 31 de julio de 2017 por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia Cotopaxi vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de motivación (art. 76. 7. I CRE).</p> <p>3. Aceptar la acción de hábeas corpus y declarar que el cumplimiento de la medida cautelar personal de prisión preventiva del accionante en el Pabellón de Máxima seguridad fue ilegal y arbitraria.</p> <p>4. Declarar que la falta de atención médica y omisión de respetar el principio de vida libre de violencia en el CRSC vulneró los derechos a la integridad personal (art. 66.3 CRE), a la salud (art. 32 CRE) y a la vida digna (art. 66. 2 CRE).</p>
<p>VOTACIÓN POR LA QUE FUE ADOPTADA</p>	<p>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, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes (voto concurrente).</p>
<p>VOTOS CONCURRENTES O DISIDENTES:</p>	<p>Votos concurrentes: 1 Juez Constitucional Hernán Salgado Pesantes</p> <p>Votos en contra: 1 Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez</p>
<p>OTROS DATOS DE INTERÉS: LINK DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.</p>	<p>http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidIZDliYWVhMC0zY2NkLTRkN2YtOWJkYS04NzE5MDkyZTNhNDcucGRmJ30=</p>



Firmado electrónicamente por:
**JEAN DAVID
 JARAMILLO
 NOGALES**

Elaborado por:

Ab. Jean David Jaramillo



Firmado electrónicamente por:
**MARIA HELENA
 VILLARREAL
 CADENA**

Revisado por:

Dra. María Helena Villarreal

Quito, D.M., 10 de noviembre de 2021

CASO No. 2622-17-EP

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

SENTENCIA

Tema: Esta sentencia analiza las decisiones de primera y segunda instancia de una acción de hábeas corpus cuyo objeto fue buscar que se garantice la atención médica del accionante y se repare la violación a su derecho a la integridad física producto de un disparo en su espalda en el marco de un motín de personas privadas de la libertad. Una vez realizado el análisis constitucional respectivo, se declara la vulneración a los derechos a ser juzgado dentro de un plazo razonable, en la sentencia de primera instancia, y al debido proceso en la garantía de motivación en las dos decisiones. Asimismo, se analiza el mérito del caso en relación a una privación de la libertad ilegal y arbitraria y los derechos a la integridad física y a la salud.

Tabla de contenidos

I. Antecedentes procesales	2
1.1. Hechos que dieron origen al hábeas corpus	2
1.2. Sobre la tramitación del hábeas corpus.....	3
1.2.1. Sobre la ejecución de la sentencia a cargo del Tribunal de Garantías Penales	4
1.3. Acción extraordinaria de protección	4
II. Competencia.....	5
III. Alegaciones de las partes	6
3.1. Pretensión y fundamentos de la acción.....	6
3.2. Fundamentos del Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi	7
3.3. Fundamentos de la Sala Provincial	7
IV. Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional	8
4.1. Sobre el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable	8
4.2. Sobre la garantía de motivación.....	10
4.2.1. Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías (primera instancia).....	10
4.2.2. Sentencia dictada por la Sala Provincial (sentencia de apelación)	14
V. Análisis de mérito	17
5.1. Verificación de procedencia del análisis de mérito.....	17
5.2. Resolución de problemas jurídicos	18
5.2.1. Sobre la supuesta privación de la libertad ilegal, arbitraria e ilegítima al ser ubicado en un pabellón de máxima seguridad sin una sentencia penal ejecutoriada	19
5.2.2. Sobre la supuesta violación del derecho a la integridad personal	21
5.2.3. Sobre la presunta afectación al derecho a la salud	27



5.2.4. Sobre el derecho a una vida digna	34
5.3. Sobre la Reparación integral.....	34
VI. Decisión	37

I. Antecedentes procesales

1.1. Hechos que dieron origen al hábeas corpus

1. El 26 de agosto de 2015, Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez¹ (**accionante**), fue trasladado al pabellón de máxima seguridad del Centro de Rehabilitación Social de Cotopaxi (CRSC)² con la finalidad de que cumpla con una medida personal de prisión preventiva.
2. El 10 de septiembre de 2015, se suscitó un amotinamiento de las personas privadas de libertad (PPL) en el pabellón de máxima seguridad del CRSC³. Así, un grupo de agentes penitenciarios ingresaron al pabellón de máxima seguridad y sacaron al accionante de su celda (C1-C)⁴.
3. Entre los intentos de controlar el amotinamiento el accionante refiere que *"cuando estaba sometido en el suelo un agente lo dispara con un cartucho de perdigones en la parte baja posterior de su espalda, disparo que le produce una herida de la cual empieza a salir abundante sangre"*⁵. Al constatar la herida generada, el accionante fue trasladado al Policlínico del CRSC, donde le extrajeron ocho perdigones de su espalda, y fue devuelto a su celda⁶. Posteriormente, afirma que fue atendido por cuarenta y seis días con un tratamiento que consistía en aplicarle una *"pomada"*, antibióticos, analgésicos y antiinflamatorios para curar su herida⁷. Luego de ello, no habría recibido atención médica por más de dos años.

¹ El señor Imbaquingo Sánchez fue privado de la libertad desde el 26 de agosto de 2015, con una medida de prisión preventiva según consta a fs. 17 del expediente del hábeas corpus. Posteriormente, fue sentenciado a una pena de nueve años en régimen cerrado por el delito de secuestro. (Proceso judicial No. 17721-2016-0827). El 14 de septiembre de 2016, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia inadmitió el recurso de casación interpuesto por el accionante.

² Consta a fs. 16 del expediente de instancia el Informe No. 078-CRS-SCN-2015-S suscrito por el Supervisor del Centro de Rehabilitación Social- Regional Sierra Norte de la Latacunga (CRS-RSCN de la Latacunga) en el que se indica que el accionante estuvo privado de la libertad en el Pabellón de Máxima Seguridad desde el 26 de agosto de 2015.

³ Consta a fs. 1 y fs. 67 del expediente de primera instancia el relato del accionante en torno a las razones por las que presentó el hábeas corpus. Esta información es notoria y pública: El Universo, "Terminó amotinamiento en cárcel de Latacunga", *El Universo*, 10 de septiembre de 2015, <https://www.eluniverso.com/noticias/2015/09/10/nota/5116142/amotinamiento-carcel-cotopaxi-lleva-casi-4-horas/> [consultado el 05 de junio de 2021].

⁴ Consta a fs. 17 del expediente de instancia.

⁵ Consta a fs. 17 del expediente de instancia.

⁶ Consta a fs. 17 del expediente de instancia.

⁷ Consta a fs. 17 del expediente de instancia.

1.2. Sobre la tramitación del hábeas corpus

4. El 22 de junio de 2017, el accionante presentó acción de hábeas corpus en contra del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos⁸, del director del CRSC y la Procuraduría General del Estado.
5. El 30 de junio de 2017, el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi (**Tribunal de Garantías**) resolvió: **(a)** aceptar parcialmente la acción de hábeas corpus; **(b)** declarar vulnerados los derechos constitucionales a la salud y a la atención prioritaria de los derechos de las personas privadas de la libertad⁹; y, **(c)** como medida de reparación ordenó que el accionante " (...) sea ingresado bajo resguardo policial al Hospital General Provincial de Latacunga, a fin de que sea evaluado, tratado y rehabilitado de manera integral en su salud por el tiempo que el o los facultativos así lo consideren, una vez dado de alta deberá ser remitido nuevamente al [CRSC]" ¹⁰. Inconforme con esta decisión, el accionante interpuso recurso de apelación¹¹.
6. El 31 de julio de 2017, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Cotopaxi (**Sala Provincial**) resolvió rechazar el recurso de apelación, dispuso medidas adicionales de reparación y confirmó la sentencia subida en grado¹².

⁸ Actualmente las competencias de este organismo en cuanto a la rectoría del sistema de rehabilitación social están a cargo del Servicio Nacional de Adultos Privados de la Libertad.

⁹ El Tribunal concluyó que el accionante "no recibió atención médica oportuna y especializada por parte del Accionado"

¹⁰ Consta a fs. 67 a 70. Respecto a las pretensiones de traslado a otro centro, disculpas públicas y reparación integral, estas fueron rechazadas *en virtud de que esta sentencia constituye en sí una forma de reparación; y, el traslado del accionante al centro de detención conocido como la cárcel No. 4 de la ciudad de Quito, por cuanto la competencia para los traslados de los privados de la libertad corresponde a un juez de garantías penitenciarias*".

¹¹ En lo medular, el accionante indicó que no se consideraron sus alegatos en cuanto a: (i) que estaba en una celda de máxima seguridad aun cuando era una persona en prisión preventiva; (ii) que los tratos en su contra fueron tortura más no tratos crueles inhumanos y degradantes porque se le privó del derecho a la salud (iii) y que, al haberse afectado su integridad física, correspondía su traslado a otro pabellón o centro de privación de la libertad con el objetivo de evitar eventuales represalias en su contra.

¹² Como medidas de reparación la Sala Provincial ordenó que: (a) el CRSC, en coordinación con el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Salud, "velen por la salud del legitimado activo, debiendo en un plazo de treinta días contar con el diagnóstico médico especializado según el pre diagnóstico de lumbalgia (CIE: 10: M545)"; (b) el director del CRSC, en coordinación con el Ministerio de Salud Pública, aseguren la atención médica oportuna que permitan la rehabilitación física del accionante; (c) por la dificultad de movilidad la comida le sea entregada en su celda hasta que el médico especialista determine si dicha medida es favorable o contraria para la rehabilitación del accionante; (d) como mecanismo de prevención respecto a que se puedan encontrar en el CRSC privados de la libertad sin sentencia ejecutoriada, el Tribunal a quo solicite al Consejo de la Judicatura difundir entre los operadores de justicia, que en sus resoluciones se determine correctamente el tipo de Centro de Privación de la libertad al que se le destina al privado de la libertad; y, (e) que el Tribunal de instancia haga el seguimiento y disponga las medidas adicionales que se requieran para dar estricto cumplimiento de esta sentencia.

1.2.1. Sobre la ejecución de la sentencia a cargo del Tribunal de Garantías Penales

7. El 23 de noviembre de 2018, el accionante, frente a una descompensación grave en su salud,¹³ solicitó que: **(a)** se informe si las entidades accionadas dieron o no cumplimiento a las disposiciones dictadas en las sentencias emitidas en el marco del hábeas corpus¹⁴ y **(b)** se modifiquen las medidas de reparación a fin de tutelar la salud del accionante¹⁵.
8. El 14 de diciembre de 2018, se llevó a cabo una audiencia para revisar el cumplimiento de las medidas de reparación. El 07 de enero de 2019, el Tribunal dictó un auto en el que concluyó que el accionante no recibió atención médica integral ni condiciones dignas para el cumplimiento de su condena¹⁶.
9. El 14 de enero de 2019, la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Latacunga¹⁷ resolvió imponer medidas alternativas a la privación de la libertad a favor del accionante por el tiempo que reste para que cumpla su pena privativa de libertad¹⁸.

1.3. Acción extraordinaria de protección

10. El 29 de agosto de 2017, el accionante, por medio de su defensor público presentó acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones de primera y segunda instancia.

¹³ Precisó que el accionante había adquirido una discapacidad física del 71% a consecuencia del cuadro de monoplejía en los miembros inferiores. Consta a fs. 24 a 27 del expediente constitucional.

¹⁴ Consta a fs. 24 a 27 del expediente constitucional.

¹⁵ De conformidad con el artículo 21 de la LOGJCC: "La jueza o juez deberá emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional".

¹⁶ En particular señaló que "al punto que a su ingreso y [al] encontrarse cumpliendo una medida cautelar, fue ubicado en un pabellón de máxima seguridad (...) pese a encontrarse confinado en una silla de ruedas, se lo mantiene en una celda al igual que los demás reclusos, sin consideración alguna a su estado de discapacidad física y su imposibilidad de movilidad". Por tal razón, ordenó: (i) remitir el proceso a la Sala de Sorteos del Complejo Judicial a fin de que avoque conocimiento uno de los jueces con competencia en garantías penitenciarias y disponga las medidas alternativas a la privación de la libertad a favor del accionante, por el tiempo que resta para que cumpla su pena, (ii) que luego de cumplido con la anterior disposición, los accionados "ejecutarán un plan integral de atención médica y psicológica en su favor, para lo cual dispondrán del elementos humano (sic) y logístico necesario, sea para trasladarlo al centro hospitalario o para que sea atendido en su domicilio ubicado en el sector de Conocoto, Puente 6, Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, lo cual se complementará con el suministro necesario y suficiente de medicamentos y terapias para su rehabilitación" (sic) y (iii) que la Defensoría del Pueblo efectúe un seguimiento del cumplimiento de las medidas ordenadas en la providencia.

¹⁷ El proceso fue signado con el No. 05283-2019-00020G.

¹⁸ Las medidas ordenadas fueron las siguientes: **(a)** la prohibición de salida del país del accionante, **(b)** la obligación de presentación periódica una vez por mes ante el juzgador de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Rumiñahui y **(c)** una vez que los dispositivos de vigilancia electrónica ya se encuentren nuevamente disponibles, aplicables y en funcionamiento mientras se cumple con las medidas alternativas a la privación de la libertad, ahora concedido, se ordena la colocación del dispositivo de vigilancia electrónica con el tipo de monitoreo de libre circulación.



11. El 08 de enero de 2018, el Tribunal de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador admitió a trámite la acción. Por sorteo efectuado el 07 de febrero de 2018, la sustanciación de la causa correspondió a la ex jueza constitucional Pamela Martínez Loayza¹⁹.
12. Una vez posesionados los actuales jueces y juezas de la Corte Constitucional se sorteó la causa el 12 de noviembre de 2019 y correspondió su sustanciación a la jueza constitucional Karla Andrade Quevedo.
13. El 18 de noviembre de 2020, el Pleno de la Corte Constitucional aprobó el tratamiento prioritario del caso²⁰.
14. El 25 de noviembre de 2020, la jueza constitucional sustanciadora avocó conocimiento de la causa, solicitó informe a los jueces del Tribunal de Garantías Penales y a los jueces de la Sala Provincial y convocó a una audiencia pública telemática que se llevó a cabo el 10 de diciembre de 2020.
15. A la audiencia telemática celebrada el 10 de diciembre de 2020 comparecieron únicamente el accionante y su abogado patrocinador.
16. En providencia expedida el 15 de enero de 2021, la jueza constitucional, para mejor resolver, solicitó: **(a)** al Ministerio de Salud Pública (**MSP**) la remisión de un informe debidamente documentado respecto *del) "historial médico en el que se indique el diagnóstico actual del accionante, b) el tratamiento médico que le haya proporcionado, c) las medicinas suministradas, y, d) un detalle de las visitas médicas y psicológicas realizadas al accionante y/o miembros de su entorno familiar"* y **(b)** a la Defensoría del Pueblo la presentación de un informe detallado respecto de la situación actual de cumplimiento de las medidas de reparación.

II. Competencia

17. La Corte Constitucional es competente para conocer y pronunciarse sobre las acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República (**CRE**); en concordancia con los artículos 63 y 191 (2),

¹⁹ El 07 de junio de 2018, la jueza constitucional sustanciadora de ese entonces avocó conocimiento de la causa, convocó a audiencia pública y solicitó informes de descargo a los jueces del Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi y a los jueces de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi. El 25 de junio de 2018, se llevó a cabo la audiencia pública a la que comparecieron: **(a)** el abogado Paúl Fernando Flores Pazmiño, defensor público, en representación del legitimado activo Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez; **(b)** la abogada María Belén Peñaherrera Jaramillo y la licenciada Sonia Alexandra Parra Agreda, en representación del director del CRSC; y **(c)** el doctor Arturo Vinicio Romero Guachamin, en representación del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

²⁰ La priorización se sustentó en que el accionante era en ese entonces una persona privada de libertad y es persona con discapacidad física del 71%.

literal d) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

III. Alegaciones de las partes

3.1. Pretensión y fundamentos de la acción

18. En su demanda, el accionante identifica que las decisiones impugnadas vulneraron sus derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de motivación (art. 76. 7 literal l) CRE) y a la tutela judicial efectiva en el elemento a ser juzgado dentro de un plazo razonable (art. 75 CRE).
19. En primer lugar, respecto de la sentencia dictada por el Tribunal, señala que solo se analizó la supuesta vulneración del derecho a la salud por falta de atención médica de parte del CRSC. En tal sentido, a su decir, no se habrían analizado los siguientes hechos: (a) la reclusión en un pabellón de máxima seguridad sin contar con sentencia condenatoria ejecutoriada y estar solo con una medida cautelar de prisión preventiva; (b) la falta de determinación de los responsables de sus lesiones; (c) la falta de reubicación en otro centro de privación de la libertad; (d) la falta de referencia al uso de armas de fuego por parte de los agentes de Policía al momento de realizar el operativo; y, (e) la perpetración de tratos inhumanos, crueles y degradantes.
20. Manifiesta que, a pesar de verificarse una violación a derechos constitucionales, no se le concedió el traslado a un centro de detención provisional, bajo la consideración de que la competencia para los traslados de los privados de la libertad corresponde a un juez de garantías penitenciarias y no a los que tramitan hábeas corpus.
21. Arguye que la sentencia dictada por la Sala Penal configuró una violación al derecho a la tutela judicial efectiva puesto que, a su decir, se desconocieron las reglas constitucionales de tramitación del hábeas corpus debido a que se ingresó la acción el 22 de junio de 2017, se avocó conocimiento el 23 de junio de 2017 y la audiencia fue celebrada el 27 de junio de 2017 -5 días después de que se presentó la acción-.
22. Aduce también que los jueces accionados de ambas instancias tenían la obligación de pronunciarse respecto de los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por ambas partes, lo que no sucedió en el presente caso. Así también, señala que la sentencia de segunda instancia, al referirse al cargo de separación de personas privadas de la libertad por categorías *hace mención a normas y sentencias que es de conocimiento sin motivar que es lo que se puede precisar de estas y que es lo que ha podido recabar la Sala con el fin de resolver ante lo pedido, es decir carece de razonabilidad y comprensión, tan solo se enuncian normas y sentencias no existe un análisis de estas con los hechos narrados y probados en el proceso*".
23. Por último, solicita que se acepte la acción extraordinaria de protección, se declare la vulneración de los derechos alegados y, como medida de reparación, se deje sin efecto las sentencias impugnadas y se resuelva el mérito de la acción de hábeas corpus.



3.2. Fundamentos del Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi

24. El 22 de junio de 2018, los magistrados del Tribunal de Garantías, Diego Xavier Mogro Muñoz y Segundo Elías Novillo Rivero presentaron su informe de descargo en el que reportaron que: **(i)** al haberse expedido la sentencia el 30 de junio de 2017 no era posible aplicar los criterios del caso No. 17-18-SEP-CC y que **(ii)** resolvieron todos los puntos de la demanda.
25. En un nuevo informe ingresado el 08 de diciembre de 2020, refieren que dejaron de ser integrantes del Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi y que al momento no cuentan con el expediente físico para recordar cuál fue la petición inicial del accionante. Asimismo, señalan que al constatar el estado de salud del accionante dispusieron que un juez de garantías penitenciarias disponga las medidas alternativas a la privación de la libertad y que, durante su permanencia en el CRSC se dispuso su atención bajo resguardo policial.

3.3. Fundamentos de la Sala Provincial

26. El 25 de junio de 2018, las juezas Ruth Amelia Yazán Montenegro y Ana Lucía Merchán Larrea presentaron informe de descargo. En particular, aducen que la decisión en examen está motivada debido a que incluye *las cuestiones de hecho y de derecho planteadas, enuncia las normas constitucionales y legales y principios jurídicos en los que se fundó la decisión, se ha justificado la pertinencia de su aplicación a los hechos relatados y probados, pronunciándonos sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por las partes y hemos realizado el análisis de los hechos adecuando a las normas aplicables (...)*".
27. Manifiestan que la sentencia cumplió con el objeto del hábeas corpus, *"esto es asegurar el goce y disfrute del derecho a la salud y resguardo de integridad física, se ratificó la inmediata atención médica especializada del accionante y dispuso medidas adicionales de reparación (sic)"*.
28. En un segundo informe presentado el 7 de diciembre de 2020, la jueza Ana Lucía Merchán Larrea señala que el pedido de traslado a otro centro de rehabilitación social es improcedente dado que no se justificaron las presuntas amenazas quedando en una mera solicitud sin sustento, más aún por el tiempo que transcurrió entre el amotinamiento y la presentación del hábeas corpus.
29. En cuanto a la petición de instalación de un brazaletes electrónico expresó que *"se encontraba que el accionante tenga una enfermedad catastrófica que amerite una decisión de esa naturaleza"*.
30. Por último, en relación con el cargo referente a que el accionante fue privado de la libertad en un pabellón de máxima seguridad aun cuando tenía una orden de prisión



preventiva, observó que *“está alegación se presenta en la audiencia, pero no consta en el escrito de acción limitando el derecho a la defensa de los accionados”*.

IV. Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional

31. En las acciones extraordinarias de protección 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 derecho²¹. En el presente caso, conforme quedó expresado, el accionante alega vulneraciones a los derechos a la tutela judicial efectiva en la dimensión de ser juzgado dentro de un plazo razonable por parte del Tribunal de Garantías Penales y al debido proceso en la garantía de motivación por parte de las dos decisiones impugnadas.
32. Esta Corte ha reiterado que, por eficiencia y economía procesal, para evitar la reiteración argumental en los análisis y para dotar de un contenido específico claro a cada derecho, cuando se argumenta la violación de la tutela efectiva a partir de cualquiera de las garantías del debido proceso, el juez o jueza podrá direccionar el análisis a la garantía que corresponda del debido proceso y podrá tratar cada garantía de forma autónoma²².
33. El accionante argumenta una violación a ser juzgado dentro de un plazo razonable porque, a su decir, el Tribunal de Garantías Penales irrespetó los plazos para la tramitación del hábeas corpus. Este derecho, conforme a los fallos de esta Corte²³, puede ser analizado de dos formas: **(a)** como un elemento transversal de la tutela judicial efectiva o **(b)** como un derecho autónomo. Revisada la demanda, se desprende que en este caso las alegaciones abordan el plazo razonable como un derecho autónomo²⁴.
34. De modo que esta Corte examinará si la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías vulneró el derecho a ser juzgado dentro del plazo razonable. Así mismo, analizará la garantía de motivación tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia:

4.1. Sobre el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

35. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable es parte de las garantías judiciales consagradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva²⁵.
36. En particular, el artículo 7 (5) de la CADH establece que:

*“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y **tendrá derecho a ser***

²¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1967-14-EP/20 de 13 de febrero de 2020, párr. 16.

²² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 889-20-JP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 122.

²³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 889-20-JP/21 de 10 de marzo de 2021.

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1553-16-EP/21 de 16 de junio de 2021, párr. 28.

²⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1562-14-EP/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 39.



juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio" (énfasis añadido)²⁶.

37. Esta Corte recuerda que el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable es transversal a todas las materias y a la sustanciación de todo tipo de acciones y recursos atendiendo a las características del caso concreto y a la naturaleza de la acción o recurso que se tramiten²⁷.
38. En el presente caso, el accionante activó una acción de hábeas corpus ante lo cual correspondía a los jueces del Tribunal de Garantías Penales observar que la tramitación de las garantías jurisdiccionales se rige, entre otros, por los principios de sencillez, eficacia y celeridad²⁸. Así, para la aplicación de estos principios, los jueces que sustancien garantías jurisdiccionales deben ceñirse *"los plazos previstos para el efecto, a fin de que responda oportunamente frente a la vulneración de derechos. Por este motivo, no admite incidentes o formas de proceder que retarden el ágil despacho de la causa"*²⁹.
39. Cabe subrayar que para la acción de hábeas corpus, la misma Constitución de modo específico establece plazos para avocar conocimiento y convocar a audiencia pública. Así, corresponde a los jueces realizar la audiencia dentro de las veinte y cuatro horas siguientes a la presentación de la demanda y posteriormente notificar la sentencia en las siguientes veinte y cuatro horas. Además, como ya ha señalado esta Magistratura en la tramitación de las garantías jurisdiccionales y particularmente en un habeas corpus *"están proscritos los incidentes y dilaciones innecesarias, lo cual obliga a todo juzgador o juzgadora a resolver con la inmediatez que el caso requiere y dentro de los tiempos establecidos"*³⁰.
40. El establecimiento de plazos expresos y expeditos en la tramitación de la garantía de hábeas corpus permite a los jueces y juezas ordenar las medidas y/o acciones que correspondan de forma oportuna, adecuada y eficaz para garantizar la protección directa de los derechos tutelados por esta garantía. Además, permite que se repare inmediatamente a los accionantes en caso de que las violaciones a sus derechos constitucionales se hayan consumado. Por tal razón, el derecho al plazo razonable en la garantía del hábeas corpus se garantiza en la medida en que se respeten los plazos establecidos en la Constitución y en la ley.³¹

²⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 7 (5)

²⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1553-16-EP/21 de 16 de marzo de 2021, párr. 47. Véase también: Corte IDH, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, 24 de octubre de 2012.

²⁸ Esto de acuerdo con el artículo 86 (3) de la CRE.

²⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1693-17-EP/20 de 2 de diciembre de 2019, párr. 31.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia No. 365-18-JH/21 de 24 de marzo de 2021, párr. 178.

³¹ En la sentencia N° 112-14-JH/21 de 20 de julio de 2021, respecto de personas/comunidades indígenas ha establecido una salvedad en relación con la obligación concreta de los jueces que conocen habeas corpus, determinando que: *"...si el Tribunal de hábeas corpus no cuenta con los suficientes elementos para ordenar la inmediata libertad o por la falta de comparecencia de las autoridades indígenas a la audiencia*



41. En el caso en cuestión, se desprende que el Tribunal de Garantías realizó las siguientes acciones tras la presentación de la demanda el 22 de junio de 2017: **(i)** avocó conocimiento de la causa el 23 de junio de 2017³², **(ii)** la audiencia pública se celebró el 27 de junio de 2017³³ y, **(iii)** se dictó sentencia el 30 de junio de 2017.
42. De la revisión del proceso, esta Corte observa que la judicatura accionada se demoró un total de ocho días para tramitar la causa. Así, se advierte que para convocar a audiencia pública existió una demora injustificada de 5 días y para dictar sentencia se demoró dos días más, lo cual sobrepasa el plazo constitucional previsto para el efecto. De este modo, se constata que el Tribunal de Garantías no actuó con la diligencia que se requiere para la sustanciación de una acción de hábeas corpus pues omitió el deber de resolver la causa dentro del plazo previsto en la CRE para su sustanciación.
43. Por las consideraciones anotadas, este Organismo Constitucional concluye que la inobservancia de los plazos constitucionales dentro del habeas corpus produjo una vulneración al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

4.2. Sobre la garantía de motivación

4.2.1. Sentencia dictada por el Tribunal de Garantías (primera instancia)

44. El derecho a la motivación se encuentra consagrado en el artículo 76 (7) literal l) de la CRE:

*"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 del hecho"*³⁴.

45. En ese sentido, una violación de la garantía de la motivación ocurre ante dos posibles escenarios, con iguales efectos: **(a) La insuficiencia de motivación**, cuando se incumplen alguno de los criterios que nacen de la propia Constitución como son la enunciación de las normas y la explicación de la pertinencia de su aplicación al caso concreto; y **(b) La inexistencia de motivación**, siendo esta una ausencia completa de

de hábeas corpus o para la adopción de la medida cautelar culturalmente apropiada, el Tribunal de hábeas corpus suspenderá la audiencia. Durante este tiempo realizará los esfuerzos necesarios para mantener reuniones con las autoridades indígenas que posibiliten un diálogo intercultural, estudiar las distintas medidas alternativas a la prisión preventiva que aseguren la comparecencia de las personas al proceso penal y que puedan cumplirse en el ámbito y territorio de las comunidades, así como contar con los elementos suficientes para resolver la acción de hábeas corpus propuesta. La suspensión de la audiencia tendrá un plazo razonable y deberá evitar dilaciones innecesarias".

³² Fs. 22 del expediente de primera instancia.

³³ Fs. 29 del expediente de primera instancia.

³⁴ A su vez, el artículo 4.9 de la LOGJCC establece, entre los principios procesales, que la justicia constitucional debe sujetarse a la motivación, y lo recoge de la siguiente manera: "La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso".



argumentación de la decisión. En tal sentido, la inexistencia constituye una insuficiencia radical que impide tener un argumento mínimo necesario para considerar motivada una sentencia³⁵. Además, este Organismo ha hecho referencia a la argumentación jurídica **(c) aparente**, que se configura cuando 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 motivacional³⁶. En la jurisprudencia de esta Corte, se han identificado los siguientes tipos de vicio motivacional, aunque esta enumeración no debe entenderse como una tipología estricta ni cerrada: (3.1) incoherencia³⁷; (3.2) inatinencia; (3.3) incongruencia; e, (3.4) incomprensibilidad.

46. De especial relieve es la suficiencia motivacional de las garantías jurisdiccionales. En este contexto, hay peculiaridades relativas al imperativo de tutelar los derechos fundamentales que deben ser atendidas por el juez, y que elevan el estándar de suficiencia exigible a una argumentación jurídica³⁸. Entonces, al tratarse de garantías jurisdiccionales, los jueces y juezas tienen, entre otras, 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, le corresponde al juez determinar cuáles son las vías judiciales ordinarias adecuadas para la solución del conflicto³⁹.
47. Ahora bien, al resolverse una acción de hábeas corpus, la motivación de los fallos por parte de los operadores de justicia, exige un estudio acorde a su objeto y naturaleza, mismo que se encuentra establecido en la CRE, la LOGJCC y desarrollado por la

³⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1320-13-EP/20 de 27 de mayo de 2020, párr. 39.

³⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párr. 71.

³⁷ Así, hay **incoherencia** cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen –sus premisas y conclusiones– (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). Lo primero se da cuando un enunciado afirma lo que otro niega; y lo segundo, cuando se decide algo distinto a la conclusión previamente establecida. Hay **inatinencia** cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no “tienen que ver” con el punto controvertido, esto es, no guardan relación semántica general con la conclusión final de la argumentación y, por tanto, con el problema jurídico de que se trate. Dicho de otro modo, una inatinencia se produce cuando el razonamiento del juez “equivoca el punto” de la controversia judicial. Hay **incongruencia** cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales o bien, no se ha contestado alguna. La **incongruencia** frente a las partes no surge cuando se deja de contestar cualquier argumento de las partes, sino solo los relevantes, es decir, aquellos argumentos que inciden significativamente en la resolución del correspondiente problema jurídico. Hay **incomprensibilidad** cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o –cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales) – para un ciudadano o ciudadana.

³⁸ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021, párr. 103

³⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1285-13-EP/19 de 4 de septiembre de 2019, párr. 28.



jurisprudencia constitucional. Para tal efecto, al momento de dictar sentencia las y los jueces deben considerar, al menos, los siguientes parámetros:

- i. *Análisis integral.*- cuando sea alegado o cuando las circunstancias lo requieran- las y los jueces deberán analizar: **(i)** la totalidad de la detención, **(ii)** las condiciones actuales en las cuales se encuentra la persona privada de libertad y **(iii)** y el contexto de la persona, en relación a si la persona pertenece a un grupo de atención prioritaria. En este sentido, dado que una medida de privación de libertad que en un inicio era constitucional podría convertirse en ilegal, arbitraria o ilegítima o ser implementada en condiciones que amenacen o violen los derechos a la vida o integridad de la persona, las y los jueces que conocen este tipo de acciones se encuentran obligados a verificar, en todo momento, que la detención no se haya tornado arbitraria, ni derivada de una orden de detención ilegal⁴⁰.
 - ii. *Respuesta a las pretensiones relevantes.*- De igual forma, al momento en que las y los administradores de justicia motiven sus decisiones, estas deben responder a todas las pretensiones relevantes⁴¹ expuestas en la demanda y/o audiencia o que sean identificables del relato del accionante de acuerdo al objeto y naturaleza de la acción de hábeas corpus. En particular, se debe brindar una respuesta sobre las violaciones a derechos invocados y a las reparaciones integrales que soliciten los accionantes. Así, estas pueden referirse, entre otros, a que se ordene su libertad considerando si esta es ilegal, arbitraria o ilegítima⁴², se dicten medidas para proteger su vida, salud⁴³ o integridad⁴⁴ personal durante la privación de la libertad, sea esta en un centro de privación de la libertad, por parte de particulares⁴⁵ o en cualquier otro lugar donde la libertad de la persona se encuentre sustancialmente restringida sin que dicho lugar se califique necesariamente como un centro de detención⁴⁶.
48. El accionante alega que la decisión impugnada no se pronunció respecto de la supuesta vulneración a la integridad personal⁴⁷, misma que, a su juicio, se habría perpetrado en el marco del motín de 10 de septiembre de 2015. Corresponde, entonces, verificar si la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales motivó su sentencia acorde a los parámetros antes citados.

⁴⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 207-11-JH/20 de 22 de julio de 2020, párr. 32.

⁴¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 565-16-EP/21 de 03 de febrero de 2021, párr. 29.

⁴² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 207-11-JH/20 de 22 de julio de 2020, párr. 83 (1).

⁴³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 209-15-JH/19 de 12 de noviembre de 2019.

⁴⁴ Respecto a la protección de la integridad personal y vida en centros de privación de la libertad, véase el caso 365-18-JH/21.

⁴⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 166-12-JH/20 de 08 de enero de 2020.

⁴⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 335-13-JP/20 de 12 de agosto de 2020, párr. 97

⁴⁷ En específico, el accionante en su demanda aduce que "los policías atentaron contra mi vida e integridad pues me dispararon un cartucho de perdigones en el lado izquierdo parte baja de mi espalda"



49. El análisis constitucional del caso inicia a partir del **tercer considerando**, del cual destacan las siguientes consideraciones:
- a. Explicación del alcance de la acción de hábeas corpus en la normativa constitucional y legal (arts. 88 CRE y 43 y 44 de la LOGJCC).
 - b. Delimitación de las pretensiones del accionante. En particular, reveló que el accionante *"recurrir a esta acción para proteger la vida y la integridad física de la persona privadas (Sic) de la libertad"*.
 - c. Mención de las pruebas ordenadas de oficio, esto es un informe de médico legista.
 - d. Conclusión del Tribunal de Garantías relacionada a que *"las circunstancias del hecho narrado y por supuesto doloroso, no se ajusta al contexto ni a la afirmación de que por la falta de atención médica, psicológica y social oportuna al PPL dentro del Centro de Rehabilitación sean signos o síntomas de que se le haya torturado, lo que sí ha quedado evidenciado es la falta de atención médica especializada al recurrente, lo cual sin duda ha menoscabado su estado general de salud, considerando sus edad actual (44 años)"* (énfasis añadido).
50. Por su parte, en el **cuarto considerando** la judicatura accionada resumió las normas constitucionales que estimó aplicables al caso⁴⁸.
51. Por último, aceptó la acción de hábeas corpus al considerar que el CRSC no brindó la atención médica que necesitaba el accionante, lo que generó una violación al derecho a la salud. En adición, se verifica que desestimó las solicitudes de reparación integral referentes a posibles disculpas públicas y el pedido expreso del accionante de traslado a un centro de detención provisional.
52. Conforme se detalló en los párrafos *ut supra*, los jueces accionados enunciaron las normas constitucionales y legales que estimaron pertinentes para: **(i)** establecer el objeto de la acción de hábeas corpus y **(ii)** definir el contenido de los derechos supuestamente vulnerados. En particular, contrastaron esta normativa a los hechos del caso y concluyeron que el CRSC vulneró los derechos a la salud y a la atención prioritaria de las personas privadas de la libertad, por lo que, la sentencia cumple con enunciar normas y explicar su pertinencia.
53. En lo alusivo al tercer parámetro, esto es a resolver las vulneraciones a derechos alegadas, es pertinente recordar que el accionante, en su demanda, argumentó los siguientes cargos:

⁴⁸ En el aludido acápite de la sentencia se enunciaron los siguientes artículos de la CRE 11(2), 32, 35, 51 (3) (4) (6) y 66 (1) (2) (3) y 12 del Código Orgánico Integral Penal.



- a.* En el marco del motín de 10 de septiembre de 2015 se perpetraron tratos crueles, inhumanos y degradantes por parte de los agentes penitenciarios, mismos que conllevaron a una afectación a su derecho a la integridad física.
 - b.* Producto de la falta de atención médica dentro del CRS por más de dos años se violó su derecho a la salud.
- 54. Este Organismo Constitucional observa que la sentencia sujeta a análisis no resolvió el cargo relacionado con la vulneración del derecho a la integridad física, por el disparo que sufrió en su espalda durante el motín de 10 de septiembre de 2015. De esta manera, se observa que la sentencia impugnada únicamente se pronunció respecto del cargo de falta de atención médica, dejando sin contestar un cargo relevante solicitado por el accionante.
- 55. En función de las consideraciones expuestas, este Organismo Constitucional concluye que la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de motivación.

4.2.2. Sentencia dictada por la Sala Provincial (sentencia de apelación)

- 56. El accionante aduce que la decisión dictada en el marco del recurso de apelación no analizó la alegada vulneración de su derecho a la integridad física en relación con los tratos crueles, inhumanos o degradantes que produjeron como efecto la necesidad de su atención médica inmediata. Además, señala que al examinarse el cargo de separación de personas privadas de la libertad por categorías, no se brinda una conclusión completa pues *"hace mención a normas y sentencias que es de conocimiento sin motivar que es lo que se puede precisar de estas y que es lo que ha podido recabar la Sala con el fin de resolver ante lo pedido, es decir carece de razonabilidad y comprensión, tan solo se enuncian normas y sentencias no existe un análisis de estas con los hechos narrados y probados en el proceso"*.
- 57. A fin de verificar si la decisión analizada contiene la motivación mínima, que incluye pronunciarse sobre los argumentos relevantes, se debe considerar que el accionante presentó los siguientes cargos en su demanda de hábeas corpus y en la audiencia de apelación: **(i)** violación del derecho a la integridad física por lo ocurrido durante el motín, **(ii)** configuración de una privación de la libertad ilegal y arbitraria por haberse privado al accionante en un pabellón de máxima seguridad y **(iii)** falta de atención médica, por más de dos años, como violatoria al derecho a la salud.
- 58. En el **considerando sexto** de la sentencia, se observa el siguiente análisis por parte del tribunal de alzada:
 - a.* En el **apartado 6.1.** indicó que la sentencia dictada en primera instancia reconoció la vulneración de los derechos a la salud *por no haber recibido*



oportunamente la atención médica especializada, de lo cual se ha responsabilizado a [las entidades accionadas]".

- b.** El **apartado 6.2.** resume las medidas de reparación ordenadas en la sentencia de primera instancia.
- c.** El **apartado 6.3.** responde el pedido de traslado del accionante a otro centro de privación de la libertad. Afirmó que al verificarse una violación de la vida e integridad física de un privado de la libertad *“El Juzgador tiene plenas facultades para ordenar las medidas urgentes cautelares más idóneas respecto del derecho que se garantiza (...)”*. En relación con el caso del accionante, concluyó que *“no se ha justificado ni se han establecido las presuntas amenazas, ni las personas privadas de la libertad que realizan las amenazas ni el nombre de quien las realiza quedando en una mera solicitud sin sustento, por lo que la Sala debe ratificar la negativa al traslado por las presuntas amenazas ni como reparación”*.
- d.** En el **apartado 6.4.** fundamentó la negativa de instalación de un brazalete electrónico, solicitada por el accionante, en el sentido de que *“no se justifica que el accionante tenga una enfermedad catastrófica que amerita una decisión de esa naturaleza dentro de una acción constitucional”*.
- e.** En el **apartado 6.5.** trató el cargo sobre la posible ilegalidad y arbitrariedad del traslado del accionante a un pabellón de máxima seguridad, aún cuando no tenía una sentencia penal ejecutoriada, sino una orden de prisión preventiva. En respuesta, la Sala puntualizó que la separación por categorías en los centros de privación de la libertad es un mecanismo destinado a proteger la vida e integridad personal que debe ser respetada por quienes autorizan la privación de las personas de la libertad en tales centros como por los funcionarios a quienes se les confía su control y protección.
- f.** Así también, en el **apartado 6.5.** citó, extractos de las sentencias del caso *Cárcel de Urso Branco c. Brasil* y del caso *del Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay*, expedidos por la Corte IDH y con base en el artículo 678 del Código Orgánico Integral Penal⁴⁹ arguyó que esta *“faculta disponer su internamiento en otro centro que preste las seguridades necesarias con el fin de precautelar la seguridad del centro y de los otros privados de libertad en el caso de que la persona a la que se la ha impuesto una medida cautelar privativa de libertad y que por el delito cometido revele que se trata de una persona de extrema peligrosidad”*.

⁴⁹ La norma señala que los centros de privación de libertad se clasifican en centros de privación provisional de libertad (CDP), en los que permanecerán las personas privadas preventivamente de libertad en virtud de una medida cautelar o de apremio impuesta por una o un juez competente; y centros de rehabilitación social (CRS) en los que permanecen las personas a quienes se les impondrá una pena mediante una sentencia condenatoria ejecutoriada.



59. De la síntesis de la sentencia *in examine*, se colige que la judicatura accionada enunció las normas jurídicas y jurisprudencia que estimó aplicables al caso bajo estudio. En adición, la sentencia examina los cargos expuestos en la acción de hábeas corpus referentes a: **(a)** la falta de atención médica como vulneratoria al derecho a la salud **(6.1.)** y **(b)** el traslado del accionante a otro centro de privación de la libertad o instalación de un brazalete por una posible violación del derecho a la integridad física **(6.2. - 6.3.)**.
60. Sin perjuicio de lo anterior, en relación al punto **(b)**, aún cuando la judicatura hace mención a las acciones que pueden tomar los jueces en un hábeas corpus para tutelar la integridad física cuando constatan una afectación a este derecho, esta no responde sí, producto del motín y por la falta de atención médica oportuna, se vulneró el derecho a la integridad personal del accionante en su elemento a la integridad personal. Asimismo, de la revisión de la sentencia de apelación se observa que, en su **apartado 6.5**, luego de sintetizar el cargo referente a que la privación de la libertad se tornó en arbitraria e ilegal producto de que se lo hizo en el pabellón de máxima seguridad mientras cumplía una prisión preventiva, se limitó a citar las normas del COIP que estimó aplicables y sentencias de la Corte IDH, sin brindar explicación alguna de cómo estas normas se subsumían al caso concreto. Por lo que, aun cuando enuncia normas no explica su pertinencia al caso. En otras palabras, la Sala Provincial, al limitarse a enunciar normas y precedentes en abstracto y sin relacionarlos a los hechos del caso, incumplió con su deber de establecer la pertinencia de su aplicación al caso bajo análisis.
61. Por las razones expuestas *supra*, se colige que la sentencia analizada, en lo referente a los cargos antes descritos, no cuenta con una fundamentación jurídica mínima, esto es, ***“la 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”***⁵⁰(énfasis añadido). Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que la fundamentación jurídica no puede consistir en *“la mera enumeración de las normas que podrían resultar aplicables a los hechos o conductas”*⁵¹. O, en términos de la jurisprudencia de esta Corte, *“[l]a motivación no puede limitarse a citar normas”*⁵² y menos a *“la mera enunciación inconexa [o “dispersa”⁵³] de normas jurídicas⁵⁴”* sino que debe entrañar un razonamiento relativo a la interpretación y aplicación del Derecho en las que se funda la resolución del caso⁵⁵.

⁵⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1158-17-EP/21, 20 de octubre de 2021, párr. 61-62.

⁵¹ Corte IDH, Caso López Lone y otros vs. Honduras, sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 265; y, Caso Ramírez Escobar y Otros vs. Guatemala, sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 189.

⁵² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 274-13-EP/19, de 18 de octubre de 2019, párr. 46. En el mismo sentido, véase la sentencia No. 1357-13-EP/20, de 8 de enero de 2020, párr. 32.

⁵³ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 1258-13-EP/19, de 11 de diciembre de 2019, párr. 23.

⁵⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No. 860-12-EP/19, de 4 de diciembre de 2019, párr. 26; No. 1258-13-EP/19, de 11 de diciembre de 2019, párr. 23; y, No. 1338-13-EP/20, de 1 de julio de 2020, párr. 41.

⁵⁵ Los artículos 5.18 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, “COIP”) y 17.3 de la LOGJCC aluden al elemento de la fundamentación normativa suficiente. Y el artículo 89 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante, “COGEP”), al respecto, prescribe: “[l]as sentencias se motivarán expresando los razonamientos [...] jurídicos, que conducen [...] a la interpretación y aplicación del derecho”. Sobre la



62. En consecuencia, este Organismo constata que la judicatura accionada dejó sin resolver los cargos referentes a una posible privación de la libertad ilegal y arbitraria producto de la privación de la libertad en el pabellón de máxima seguridad mientras cumplía una prisión preventiva y a la afectación a la integridad física.
63. Por estas consideraciones, este Organismo Constitucional considera que la falta de explicitación de la aplicación de las normas al caso y la omisión de pronunciarse sobre dos de los argumentos relevantes, constituyen omisiones contrarias a la garantía de motivación.

V. Análisis de mérito

5.1. Verificación de procedencia del análisis de mérito

64. Esta Corte Constitucional ha determinado que, en ciertos casos, excepcionalmente y de oficio, podrá entrar a examinar la situación de fondo decidida por los jueces de instancia dentro de una garantía jurisdiccional. Con ello, la Corte también podrá analizar posibles vulneraciones a derechos constitucionales incurridas por particulares o autoridades no judiciales, es decir puede resolver sobre los méritos del caso⁵⁶.
65. Para el efecto, se debe observar los siguientes requisitos: **(1)** que la autoridad judicial haya violado el debido proceso u otro derecho de las partes en la sentencia impugnada; **(2)** que *prima facie* los hechos que dieron lugar al proceso originario puedan constituir una vulneración de derechos que no fueron tutelados por las autoridades judiciales inferiores; **(3)** que el caso no haya sido seleccionado por esta Corte para su revisión; y **(4)** que el caso al menos cumpla con uno de los criterios que a continuación se indican: gravedad del asunto, novedad del caso, relevancia nacional o la inobservancia de precedentes establecidos por este Organismo⁵⁷.
66. En el caso sujeto a análisis, se cumple con el requisito **(1)** pues se constató que las judicaturas accionadas vulneraron los derechos a ser juzgado dentro de un plazo razonable y al debido proceso en la garantía de motivación. Asimismo, se cumple con el requisito **(2)** ya que durante la privación de la libertad del accionante, producto del amotinamiento del 10 de septiembre de 2015 y por la falta de atención médica por más de dos años, a *prima facie*, se podrían haber vulnerado sus derechos a la libertad, a la integridad física y a la salud. Toda vez que, como consecuencia de la falta de atención en la herida, en la actualidad el accionante posee una discapacidad física del 71%.

fundamentación normativa, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que “en el Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado (STC 24/1990, fundamento jurídico 4)”, STC No. 184/1998, de 28 de septiembre de 1998, FJ 2.

⁵⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 176-14-EP/19 de 16 de octubre de 2019, párr. 50 y Sentencia No. 1973-14-EP/20 de 21 de octubre de 2020, párr. 21.

⁵⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 176-14-EP/19 de 16 de octubre de 2019, párr. 55.



También se cumple con el presupuesto (3) pues se ha verificado que el caso no ha sido seleccionado por esta Corte para su revisión.

67. Por último, esta Corte estima que se cumple con el (4) requisito porque de los hechos del caso se desprende el criterio de **gravedad**. Esto, en razón que se reclaman violaciones a los derechos a la integridad física de una persona en condición de doble vulnerabilidad, esto es, una persona privada de la libertad y con una discapacidad física. Por otro lado, el caso se encuentra revestido de **relevancia nacional** ya que lo acontecido en perjuicio del accionante refleja un problema estructural que persiste en la actualidad en varios centros de privación de la libertad en los que ocurren actos violentos que afectan a la vida e integridad física de las personas privadas de libertad⁵⁸.

5.2. Resolución de problemas jurídicos

68. El accionante refiere como argumentos principales en su demanda de hábeas corpus los siguientes: (i) *"los policías atentaron contra mi vida e integridad pues me dispararon un cartucho de perdigones en el lado izquierdo parte baja de mi espalda"*; (ii) *"mi herida se infectó al punto que el médico que limpió mi herida me dijo que necesitaría un injerto de músculo y cirugía; aunque el médico me dijo que pidió autorización para llevarme a un hospital y poderme atender debidamente, jamás me brindó atención médica (...)"*; y, (iii) *"me preocupa que no se haya tomado las acciones necesarias para garantizar mi acceso a la atención a la salud oportuna de calidad y especializada a (sic) que tengo derecho, lo que ha puesto en evidente riesgo mi vida e integridad física, siendo víctima de TRATOS CRUELES INHUMANOS Y DEGRADANTES"* (énfasis del original). Asimismo, conforme consta a fs. 24 del expediente de segunda instancia el accionante alegó en la audiencia que al estar *en el pabellón de máxima seguridad, que a criterio del Centro están las personas más peligrosas y que sobre todo tienen una sentencia ejecutoriada (...) la norma [el artículo 203 de la Constitución] es clara con la separación, de personas procesadas con la de personas sentencias, esta persona apenas era procesada tenía una prisión preventiva"*.
69. Este Organismo Constitucional resolverá la demanda de hábeas corpus presentada por el accionante respecto del CRSC en función de los cargos de la demanda y en el recurso de apelación. Por tal motivo, corresponde verificar si: (a) se generó una privación de libertad ilegal y arbitraria cuando se lo ubicó en un pabellón de máxima seguridad por parte del CRSC; (b) se vulneró su derecho a la integridad personal producto de la falta de atención durante más de 2 años de un disparo de perdigón en su espalda, en el marco del motín suscitado el 10 de septiembre de 2015, y (c) se violó el derecho a la salud y a la vida digna al no recibir atención médica oportuna por parte del CRSC.

⁵⁸ Esta Corte ha hecho mención del problema estructural de los centros de privación de la libertad, entre otros casos en Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen, 1-19-EE, 2-19-EE de 30 de mayo de 2019, Dictamen 6- 20-EE, de 19 de octubre de 2019, Dictamen 5-21-EE de 06 de octubre de 2021 y Auto de seguimiento Auto de fase de seguimiento No. 4-20-EE/21 y acumulado de 03 de marzo de 2021.



5.2.1. Sobre la supuesta privación de la libertad ilegal, arbitraria e ilegítima al ser ubicado en un pabellón de máxima seguridad sin una sentencia penal ejecutoriada

70. El artículo 89 de la CRE y el 43 de la LOGJCC establecen que el objeto de la acción de hábeas corpus es recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.
71. Así, todo proceso de privación de la libertad debe efectuarse con estricto apego a la CRE, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley, caso contrario esta privación puede tornarse en ilegal, arbitraria e ilegítima y, consecuentemente, devenir en una vulneración del derecho a la libertad personal. Al respecto, esta Corte ha determinado que una privación de la libertad es:

***Ilegal:** "cuando una detención o privación de libertad es ejecutada en contravención a los mandatos expresos de las normas que componen el ordenamiento jurídico, ya sea en el aspecto material o formal. En el aspecto material, la detención debe haberse realizado en estricto apego a las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley y la privación de la libertad debe mantenerse exclusivamente hasta los límites temporales fijados por la legislación. En el aspecto formal, la detención y posterior privación de la libertad debe realizarse en cumplimiento del procedimiento objetivamente definido por la ley".*

***Arbitraria:** cuando "se ha realizado utilizando causas y métodos que puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos humanos del individuo, aunque se haya realizado en cumplimiento de las normas legales" ⁵⁹.*

72. Como quedó establecido, el accionante fue privado de la libertad el 26 de agosto de 2015, producto de una orden de prisión preventiva. Con posterioridad a la emisión de la boleta de encarcelamiento, fue trasladado a la etapa transitoria y el 01 de septiembre de 2015 fue enviado al pabellón de máxima seguridad⁶⁰.
73. Frente a esta actuación, el legitimado activo alegó que, al no tener una sentencia penal en su contra, correspondía enviarlo a un centro de detención provisional⁶¹.
74. Entre las directrices del sistema de rehabilitación social previstas en el artículo 203 de la Constitución consta que "[ú]nicamente las personas sancionadas con penas de privación de libertad, mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán internas en los centros de rehabilitación social".

⁵⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 207-11-JH, 22 de julio de 202, párr. 83 (1 y 2).

⁶⁰ De acuerdo con lo manifestado por el abogado del accionante en la primera audiencia fue "por disposición del director". Minuto 9:17.

⁶¹ Esta alegación fue presentada en la audiencia de primera instancia (27 de junio de 2017) en la audiencia de apelación de la acción de hábeas corpus (17 de julio de 2017) y en la audiencia de acción extraordinaria de protección (10 de diciembre de 2020).



75. Esta norma tiene relación con el principio constitucional de presunción de inocencia, puesto que las personas con orden de prisión preventiva, al tener en desarrollo un proceso penal en su contra, no han perdido su estatus de inocencia. Por tal motivo, el tratamiento de una persona procesada por parte de las autoridades públicas, con independencia de las medidas cautelares que se les ordene, debe ser el de una persona inocente que está siendo investigada.
76. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (**Corte IDH**) ha reconocido que los Estados tienen la obligación de establecer un sistema de clasificación de los reclusos en los centros penitenciarios de manera que se garantice que los procesados sean separados de los condenados con sentencia ejecutoriada y que reciban un tratamiento adecuado a su condición de persona no condenada⁶².
77. Asimismo, la regla 11 (b) de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas (**en adelante Reglas Mínimas**) para el Tratamiento de los Reclusos establece que: “[l]os reclusos pertenecientes a categorías distintas deberán ser alojados en establecimientos diferentes o en pabellones diferentes dentro de un mismo establecimiento, según su sexo y edad, sus antecedentes penales, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles; por consiguiente: b) los reclusos en espera de juicio estarán separados de los penados”.
78. Así lo ha previsto también la legislación penal. En función de lo establecido por el artículo 678 del COIP, por regla general,⁶³ las personas con orden de prisión preventiva deben permanecer en centros de detención provisional por el tiempo máximo previsto para el efecto o hasta su sustitución o revocatoria⁶⁴.
79. Se debe destacar que el mismo COIP establece la salvedad de que “[e]n caso de que a una persona que se le ha impuesto una medida cautelar privativa de libertad y que por el delito cometido revele que se trata de una persona de extrema peligrosidad, con el fin de precautelar la seguridad del centro y de los otros privados de libertad, se podrá disponer su internamiento en otro centro que preste las seguridades necesarias”.

⁶² Corte IDH, caso J. vs. Perú, sentencia de 27 de noviembre de 2013. Corte IDH, asunto de la cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Medidas Provisionales, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de agosto de 2002.

⁶³ **El artículo 678** Código Orgánico Integral Penal establece: Las medidas cautelares personales, las penas privativas de libertad y los apremios, se cumplirán en los centros de privación de libertad, que se clasifican en: 1. Centros de privación provisional de libertad, en los que permanecerán las personas privadas preventivamente de libertad en virtud de una medida cautelar o de apremio impuesta por una o un juez competente, quienes serán tratadas aplicando el principio de inocencia. En caso de que a una persona que se le ha impuesto una medida cautelar privativa de libertad y que por el delito cometido revele que se trata de una persona de extrema peligrosidad, con el fin de precautelar la seguridad del centro y de los otros privados de libertad, se podrá disponer su internamiento en otro centro que preste las seguridades necesarias”.

⁶⁴ **El artículo 541** del Código Orgánico Integral Penal establece “Caducidad. La caducidad de la prisión preventiva se regirá por las siguientes reglas: 1. No podrá exceder de seis meses, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta cinco años. 2. No podrá exceder de un año, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad mayor a cinco años”



80. Entonces, solo de forma excepcional, se puede enviar a una locación diferente a un centro de detención provisional a una persona con orden de prisión preventiva, siempre y cuando se motive la peligrosidad de la persona procesada y la incapacidad de garantizar la seguridad del centro y de los otros procesados.
81. En este caso, esta Magistratura observa que el CRSC no justificó las razones por las que el accionante fue enviado directamente al pabellón de máxima seguridad del centro de rehabilitación social, ni ha demostrado que se cumpla el presupuesto de excepción previsto en el COIP. Por lo que, esta Corte considera que la privación de la libertad del accionante, al encontrarse únicamente con una medida de prisión preventiva, se dio en franca contravención del mandato expreso del artículo 203 de la CRE y de los instrumentos internacionales de derechos humanos enunciados en los párrafos precedentes y por ende devino en ilegal. Adicional a ello, dado que el traslado al pabellón de máxima seguridad desconoció el principio de presunción de inocencia, la privación de la libertad también se tornó en arbitraria. Por último, se debe recordar que la separación adecuada de internos es una medida de seguridad que previene la violencia carcelaria y garantiza la integridad personal de las personas privadas de la libertad.
82. De esta manera, esta Corte considera necesario establecer que los argumentos enunciados en el párrafo *ut supra* sí podían ser resueltos por las autoridades judiciales que conocieron el caso del accionante. Así, su desconocimiento acarrea la inobservancia de mandatos expresos sobre el aspecto formal de la detención, como sería la falta de justificación sobre la necesidad de detener al accionante en un centro para personas con sentencia ejecutoriada, más aún en un pabellón de extrema seguridad.
83. En función de lo expuesto, se concluye que la privación de libertad del accionante en un pabellón de máxima seguridad de un Centro de Rehabilitación Social sin contar con una sentencia penal ejecutoriada y sin justificación por parte de las autoridades carcelarias, fue ilegal y arbitraria⁶⁵.

5.2.2. Sobre la supuesta violación del derecho a la integridad personal

84. La CRE, en su artículo 66 (3) consagra el derecho a la integridad personal, mismo que incluye las siguientes dimensiones: **(a)** *la integridad física, psíquica, moral y sexual;* **(b)** *una vida libre de violencia en el ámbito público y privado.* El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o

⁶⁵ En este punto, es menester aludir a que el Tribunal de Garantías penales en auto de 14 de diciembre de 2018 ordenó remitir el proceso al juez de garantías penitenciarias para que determine las medidas alternativas a la privación de la libertad aplicables para que el accionante cumpla con el resto de su condena. Es así como, el 14 de enero de 2019 la Unidad Judicial Penal de Latacunga ordenó que el accionante se presente periódicamente ante su judicatura y la prohibición de salida del país, y que una vez que esté disponible se coloque un dispositivo de vigilancia electrónico. Por lo que en la actualidad el accionante se encuentra cumpliendo su correspondiente pena fuera del CRSC.



vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual; **(c)** *La prohibición de la tortura*, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes; y, **(d)** *la prohibición del uso de material genético y la experimentación científica* que atenten contra los derechos humanos.

85. En función de lo alegado por el legitimado activo, corresponde a esta Corte analizar la supuesta vulneración del derecho a la integridad personal en el siguiente orden: **(i)** elemento de una vida libre de violencia, **(ii)** elemento de prohibición de tortura y **(iii)** elemento a la integridad física.

(i) Sobre la vida libre de violencia

86. Este Organismo recuerda que el Estado está obligado a prevenir la violencia dentro de los centros de privación de libertad, esta obligación implica no sólo abstenerse de provocar hechos violentos a través de los agentes públicos, sino también prevenir y controlar las diferentes formas de violencia que provengan de terceros. La falta de prevención o la omisión de actuar frente a la violencia ejercida dentro de los centros de privación de libertad conlleva la responsabilidad estatal⁶⁶.
87. Al respecto, las Reglas Mandela, en su regla primera, establecen la prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes *contra los cuales se habrá de proteger a todos los reclusos, y no podrá invocarse ninguna circunstancia como justificación en contrario. Se velará en todo momento por la seguridad de los reclusos, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes*".
88. De igual forma, los Principios de Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, en el principio No. 1, resaltan la obligación estatal de protección a las personas privadas de la libertad *contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penales crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona. No se podrá invocar circunstancias, tales como, estados de guerra, estados de excepción, situaciones de emergencia, inestabilidad política interna, u otra emergencia nacional o internacional, para evadir el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de trato humano a todas las personas privadas de libertad*".
89. Bajo estas consideraciones, cuando el Estado, a través de sus autoridades, no ejerce el control efectivo de los centros penitenciarios, pueden generarse sublevaciones de personas privadas de la libertad y/o motines como los detallados por el accionante, este tipo de actos pueden poner en riesgo la vida e integridad de las personas privadas de libertad, del personal que labora en dichos centros o de terceras personas como

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados.



familiares o visitantes. Por lo que, es deber de las autoridades estatales competentes tomar las medidas necesarias para prevenir este tipo de sucesos⁶⁷.

90. En este marco, el uso de la fuerza dentro de los centros de privación de libertad por parte del Estado debe ser una medida de *ultima ratio* y con estricta observancia a los principios que rigen el uso de la fuerza: legalidad, necesidad, proporcionalidad y precaución⁶⁸.
91. Además, con respecto a la prueba de las lesiones en el marco del uso progresivo de la fuerza, se debe considerar que las personas privadas de la libertad -al encontrarse bajo la custodia estatal- se les dificulta la obtención de pruebas, las cuales podrían estar en posesión de las entidades accionadas. Así, cualquier señal que demuestre la existencia de una posible lesión se convierte en elemento probatorio fundamental, así como cada una de las valoraciones médicas que se les realicen. Al respecto, este Organismo Constitucional en la sentencia 365-18-JH/20 y acumulados señaló que:

"4. La carga de la prueba recae sobre las entidades accionadas según lo dispuesto en el artículo 16 (4) de la LOGJCC. Es obligación del Estado dar una explicación satisfactoria y convincente de los hechos y aportar elementos probatorios adecuados y suficientes para desvirtuarlos. En caso de que incumpla esta obligación, el juzgador presumirá que el Estado, en razón de la inversión de la carga de la prueba y de tener bajo su custodia a las personas privadas de la libertad, es el responsable, para efectos del hábeas corpus, por las lesiones que exhiban estos últimos. Los exámenes médicos que den cuenta de las lesiones que presentan las personas privadas de la libertad cobrarán especial relevancia frente a otros elementos probatorios, al momento de determinar si se produjo cualquier forma de maltrato.

6. La jueza o juez, en atención a los elementos fácticos de cada caso y frente a dudas razonables, ponderará la valoración del caso a favor de la víctima de tortura, trato cruel, inhumano o degradante. En caso de que las autoridades estatales no puedan probar lo contrario, la versión de la persona privada de libertad, a efectos de la acción de hábeas corpus, se presumirá cierta. El Estado ostenta la responsabilidad y carga probatoria al tener a las personas bajo su custodia".

92. En lo concerniente al origen de la herida que sufrió el accionante, de lo narrado por el accionante, se advierte que aproximadamente a las 9h00 a.m. del 10 de septiembre de 2015 inició un motín en el CRSC en el que varias personas privadas de la libertad incurrieron en actos de violencia en contra de agentes penitenciarios y otros privados de la libertad⁶⁹.

⁶⁷ Esta Corte ha hecho mención del problema estructural de los centros de privación de la libertad, entre otros casos en Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen, 1-19-EE, 2-19-EE de 30 de mayo de 2019, Dictamen 6- 20-EE, de 19 de octubre de 2019, Dictamen 5-21-EE de 06 de octubre de 2021 y Auto de seguimiento Auto de fase de seguimiento No. 4-20-EE/21 y acumulado de 03 de marzo de 2021.

⁶⁸ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 33-20-IN/21 de 5 de mayo de 2021, párr. 120.

⁶⁹ El 10 de septiembre de 2015 se registraron protestas de interno en la cárcel de Latacunga. Los hechos se desataron luego de que un interno sufriera caída desde segundo piso del pabellón de "máxima especial" y



93. Según lo alegado en la demanda de hábeas corpus, el día en el que ocurrió el motín, el accionante se encontraba en la celda *CIC del Pabellón de máxima seguridad*⁷⁰. En el curso del motín, un grupo de agentes penitenciarios ingresaron a su celda y *lo bajaron a golpes al patio del pabellón de máxima seguridad*⁷¹ y *atan con plásticos sus manos a su espalda*⁷².
94. Aproximadamente a las 15h00 p.m. *cuando estaba sometido en el suelo un agente lo dispara con un cartucho de perdigones en la parte baja posterior de su espalda, disparo que le produce una herida de la cual empieza a salir abundante sangre*⁷³. A pesar de la herida, los golpes al accionante habrían seguido hasta las 19h00 p.m.⁷⁴.
95. Según lo postulado por el accionante⁷⁵, la actuación de los agentes penitenciarios fue deliberada y desproporcionada pues al ingresar al pabellón habrían disparado *con las de goma*⁷⁶ con *armas de fuego* "a todo mundo a quemarropa" sin distinciones⁷⁷. Sin considerar que dentro de los privados de la libertad amotinados *se encontraba el señor [accionante], estaba alejado, estaba incluso en otro Pabellón*⁷⁸, tanto así que no fue *investigado ni sancionado por los hechos del 10 de septiembre de 2015*⁷⁹ "porque no fue parte del motín"⁸⁰. Es más, *fueron sentenciadas las personas que si fueron parte del motín*⁸¹.

fue evacuado 3 horas después del accidente. <https://www.cdh.org.ec/informes/277-5-anos-del-nuevo-modelo-carcelario.html>

<https://www.eluniverso.com/noticias/2015/09/10/nota/5116142/amotinamiento-carcel-cotopaxi-lleva-casi-4-horas/>

⁷⁰ Consta en el relato de la audiencia sustanciada ante esta Corte Constitucional el 10 de diciembre de 2020 en el minuto 24:54.

⁷¹ Consta a fs. 61 del expediente el relato del abogado del accionante. Consta en el relato de la audiencia sustanciada ante esta Corte Constitucional el 10 de diciembre de 2020 en el minuto 25:02.

⁷² Consta en el relato de la audiencia sustanciada ante esta Corte Constitucional el 10 de diciembre de 2020 en el minuto 25:08.

⁷³ Consta en el relato de la audiencia sustanciada ante esta Corte Constitucional el 10 de diciembre de 2020 en el minuto 24:14.

⁷⁴ Consta en el relato de la audiencia sustanciada ante esta Corte Constitucional el 10 de diciembre de 2020 en el minuto 24:30. En la segunda audiencia celebrada en la Corte Constitucional el abogado del accionante precisó que la persona que disparó al accionante estaba encapuchada por lo que no se lo pudo identificar.

⁷⁵ Sobre estas alegaciones, la abogada Jenny Toapanta, en representación del CRSC, en la audiencia de segunda instancia se limitó a señalar que "el abogado ha expuesto que se usaron armas de fuego en el amotinamiento, lo cierto es que por parte del CRS-Cotopaxi, estuvimos a la espera de que la fuerza pública haga su trabajo y nosotros siempre precautelando sus derechos".

⁷⁶ Consta en el relato de la audiencia sustanciada ante esta Corte Constitucional el 10 de diciembre de 2020 en el minuto 10:30.

⁷⁷ Este relato consta en la sentencia de segunda instancia.

⁷⁸ Consta en el relato de la audiencia sustanciada ante esta Corte Constitucional el 10 de diciembre de 2020 en el minuto 23:00.

⁷⁹ Este relato consta en la sentencia de segunda instancia.

⁸⁰ Consta en el relato de la audiencia sustanciada ante esta Corte Constitucional el 10 de diciembre de 2020 en el minuto 24:49.

⁸¹ Consta en el relato de la audiencia sustanciada ante esta Corte Constitucional el 10 de diciembre de 2020 en el minuto 24:30.



96. Producto de los hechos manifestados en el párrafo *ut supra* se le generó una herida profunda en la parte baja posterior izquierda de la espalda⁸². Entonces, recién cuando uno de sus compañeros de celda advirtió del sangrado, aproximadamente a las 19h00⁸³, fue "arrastrado"⁸⁴ y trasladado al Policlínico del CRSC, donde le extrajeron ocho perdigones de su espalda, y fue devuelto a su celda. Posteriormente, fue atendido por cuarenta y seis días con un tratamiento ambulatorio que consistía en aplicarle una "pomada", antibióticos, analgésicos y antiinflamatorios para curar su herida.
97. Así, conforme lo alegado por el accionante, y en virtud de que no existe una sentencia ejecutoriada en la que se confirme su participación del motín, se corrobora que el uso de la fuerza en su contra no respondió a una agresión, resistencia o actividad que ponga en peligro los derechos a la vida y/o integridad física de otros privados de la libertad o de los agentes penitenciarios. En tal virtud, se puede confirmar que el disparo propinado al accionante no fue una bala perdida como se ha alegado por parte de la entidad accionada; al contrario, al dispararle por la espalda y en el piso a quemarropa fue una acción meditada y deliberada por parte de la persona que ejerció la fuerza.
98. En todo caso, esta Corte estima necesario dejar en claro que aun cuando exista una sentencia ejecutoriada en la que se confirme la participación de una persona privada de la libertad en un motín, no significa que aquello per se responda a una agresión, resistencia o actividad que ponga en peligro los derechos a la vida y/o integridad física de otros privados de la libertad o de los agentes penitenciarios; más aún tratándose del caso del uso proporcional de la fuerza por parte de la policía.
99. Por lo expuesto, esta Corte estima que los hechos violentos -las acciones tendientes a controlar el motín dentro del CRSC- perjudicaron severamente la integridad del accionante en el elemento de una vida libre de violencia.

(ii) Sobre la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes

100. El accionante también arguyó que los hechos ocurridos en el marco del motín ocurrido el 10 de septiembre de 2015 constituyeron tratos crueles, inhumanos y degradantes.
101. Esta Magistratura Constitucional ha enfatizado que no corresponde a la autoridad judicial que conoce el hábeas corpus determinar si los hechos materia de la demanda configuran el delito de tortura o su autoría, pues esto corresponde al proceso penal ordinario, pero sí compete a la autoridad judicial que conoce el hábeas corpus, disponer las medidas necesarias para la protección de la integridad personal de las personas privadas de la libertad, y de ser el caso, remitir la información a Fiscalía para la

⁸² Conforme consta en la historia clínica No. 00103 de 24 de septiembre de 2015 emitida por el Dr. Edison Yáñez de la dirección distrital de salud N05D01 (fs. 1 a 10 del expediente de primera instancia). Además, constan fotos del accionante con las heridas y las balas que fueron extraídas.

⁸³ Consta en el relato de la audiencia sustanciada ante esta Corte Constitucional el 10 de diciembre de 2020 en el minuto 25:45.

⁸⁴ Consta en el relato de la audiencia sustanciada ante esta Corte Constitucional el 10 de diciembre de 2020 en el minuto 26:15.



correspondiente investigación en la vía penal⁸⁵. También ha expresado que: *“si de la sustanciación de la acción de hábeas corpus se desprende que han existido violaciones a la integridad personal, la Sala de la Corte Provincial de Justicia ordenará las medidas que se requieran para la protección de la integridad personal, entre ellas, podrá ordenar la libertad siempre que, luego de un examen detenido y con la debida fundamentación, se considere que es la medida adecuada para garantizar el derecho a la integridad personal. En este caso podrá disponer las medidas alternativas a la prisión preventiva, hasta que la o el juez que conoce la causa penal revoque o sustituya las mismas”*⁸⁶.

102. Revisado el expediente se verifica que, a través del oficio No. FGE-CGAJP-DDHPC-2020-003928-O de 01 de octubre de 2020, el director nacional de derechos humanos y participación ciudadana de la Fiscalía General del Estado informó a la Corte Constitucional que ya existe un proceso de investigación por el delito de torturas perpetradas en contra del accionante signado con el No.05010181830241. Sin perjuicio de aquello, correspondía a las judicaturas accionadas examinar si procedía ordenar la libertad inmediata en virtud de una vulneración a su derecho a la integridad durante la privación arbitraria de su libertad. Si luego del análisis motivado de los juzgadores, aquello no era posible, debían ordenar el traslado solicitado, como medida de protección de su integridad personal. Además, de brindar la atención médica oportuna y necesaria, y demás medidas necesarias para garantizar su integridad personal.

103. Por lo que en este caso, no es procedente analizarlo ni volver a remitir el proceso a Fiscalía.

(iii) Sobre la integridad física

104. La dimensión física del derecho a la integridad personal permite a la población ser protegida contra cualquier tipo de amenaza que ponga en riesgo su cuerpo o la salud de este; y es deber del Estado proteger al individuo y preservar razonablemente y en condiciones óptimas posibles su integridad y salud.

105. El accionante aduce que el CRSC vulneró su derecho a la integridad física producto de la falta de atención en su herida por más de dos años, misma que fue provocada por un agente estatal durante un amotinamiento.

106. Del expediente constitucional se desprende que el 23 de septiembre de 2015 el accionante recibió su última atención médica para tratar su herida en la espalda. Ahora bien, pese a la revisión integral de los recaudos del proceso, no se observa otra atención orientada a tratar las consecuencias de la herida en la espalda, sino hasta la expedición de la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales.

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados de 24 de marzo de 2021.

⁸⁶ Ibid.



- 107.** En tal sentido, se constata que el incumplimiento del deber de CRSC de brindar un tratamiento oportuno o coordinar un plan de acción para tratar las consecuencias del disparo del accionante en su espalda por más de dos años tuvieron como consecuencia que el accionante quede con su movilidad sustancialmente reducida y padezca una discapacidad física del 71%, misma que es confirmada con el certificado de discapacidad del Ministerio de Salud que consta a fs. 24 del expediente constitucional⁸⁷.
- 108.** Esta Corte recuerda que los centros de privación de la libertad y de detención provisional, y en general los establecimientos en los que las personas se encuentran privadas de su libertad, tienen el deber de generar condiciones en las que se proteja, en todo momento, la integridad física de las personas privadas de la libertad.
- 109.** Por todo lo expuesto, dado que se le provocó una grave herida y no se le brindó atención médica por más de dos años en el centro penitenciario se constata que el CRSC vulneró el derecho a la integridad física de Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez.

5.2.3. Sobre la presunta afectación al derecho a la salud

5.2.3.1. Alcance del derecho a la salud

- 110.** Como ya quedó establecido, el accionante alega que más allá de la atención que tuvo para tratar su herida días después del motín, no habría recibido atención médica por un lapso de dos años, lo cual habría afectado gravemente su derecho a la salud.
- 111.** La Constitución de la República del Ecuador y el ordenamiento jurídico⁸⁸ ecuatoriano dan especial importancia a la salud, pues es reconocida como un derecho (art. 32) y a la vez, como uno de los deberes primordiales del Estado (art. 3.1) que debe ser garantizado a través de políticas, programas y servicios de salud que integran el Sistema Nacional de Salud (artículo 358), y que debe regirse por los principios de calidad, eficiencia, eficacia y precaución⁸⁹.
- 112.** La salud es un derecho indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente⁹⁰. Entonces, el derecho a la salud implica no sólo la ausencia de

⁸⁷ Ministerio de Salud Pública. Certificado de discapacidad No. 343484 de 16 de mayo de 2018 (fs. 24).

⁸⁸ El derecho a la salud está además reconocido en numerosos instrumentos de derecho internacional que son vinculantes para el Ecuador: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25.1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.iv.e); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículos 11 y 12. 1); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24.1); la Convención sobre la Protección de los trabajadores migratorios y sus Familiares (artículo 28); el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículo 25).

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia No. 328-19-EP/20 de 24 de junio de 2020.

⁹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Art. 12), 22° período de sesiones, 2000, párr. 1.



afecciones o enfermedades, sino también un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral.

113. En este marco, el derecho a la salud de los privados de libertad incluye la obligación del ente estatal en el que se encuentran privados de la libertad brindar toda la atención médica adecuada (dentro y fuera del centro penitenciario), el acceso a los diferentes tratamientos médicos y las demás medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares que presente el recluso.

114. Así las cosas, las personas privadas de la libertad también tienen derecho al nivel más alto de salud posible que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas⁹¹.

115. En esta misma línea, la Corte IDH en el caso Chinchilla Sandoval y Otros vs. Guatemala ha determinado que, en el caso de las personas con enfermedades degenerativas, pertenecientes a grupos vulnerables, *la necesidad de protección de la salud, como parte de la obligación del Estado de garantizar los derechos a la integridad personal y a la vida, se incrementa respecto de una persona que padece enfermedades graves o crónicas cuando su salud se puede deteriorar de manera progresiva*". Esto en concordancia con la Carta Constitucional que prescribe la obligación de garantizar los recursos materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de la libertad⁹².

⁹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, principio X.

⁹² A su vez, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, aprobados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, en el principio X establece: *Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamientos de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas. [...] El Estado deberá garantizar que los servicios de salud proporcionados en los lugares de privación de*

5.2.3.2. Verificación del cumplimiento de los elementos del derecho a la salud

116. Los hechos relevantes para constatar una posible transgresión del derecho a la salud en virtud de los cargos presentados son los siguientes:

- a. El mismo día del motín, a las 19h00 p.m., dado el abundante sangrado, el accionante fue trasladado al Policlínico del CRSC, donde le extrajeron ocho perdigones y procedieron a la limpieza de la herida. Luego, a decir del accionante, por cuarenta y seis días, se le suministró medicinas en un intento por cicatrizar la herida, lo que se confirma del historial clínico No. 00103⁹³.
- b. Obra de fojas 1 a 8 del cuaderno de primera instancia, la historia clínica N°. 00103, correspondiente a la Dirección Provincial de Salud de Cotopaxi, en la cual consta, en el numeral 7 *"examen físico y diagnóstico"*, lo siguiente: *"Herida de más de 3 cm de diámetro en región de flanco izquierdo profunda del cual se extrae 8 perdigones, Herida de 3 cm en región parietal, hematoma en región occipital"*. En el numeral 13 *"plan de tratamiento"* consta *"Compresión y antibióticos en herida en flanco derecho"* y dentro de la medicación *"Diclofenaco, Dicloxacilina"*. Además, dentro del numeral 5 *"enfermedad actual y revisión de sistemas"* consta la siguiente anotación *"Se realiza referencia para valoración por especialista pero justicia no permite salida por cuestión de seguridad"*. En la misma historia clínica consta, además, que el accionante fue atendido los días 13, 15, 16, 18, 21, 22 y 23 de septiembre de 2015. En estas atenciones, los médicos respectivos señalan que curaron la herida y prescribieron antibióticos y analgésicos.
- c. Posterior a estas atenciones médicas, de acuerdo con el relato del accionante en su demanda de hábeas corpus y del expediente, no se constata más atención médica.
- d. Dictada la sentencia de primera instancia, consta documentación orientada a evidenciar el cumplimiento de las medidas ordenadas, así: (i) A fojas 34 del expediente de instancia consta el oficio No. 287-2017-UAML-X de 27 de junio de 2017 suscrito por la doctora Nelly Margarita Salazar, teniente de Policía de Sanidad y médico legista de la Policía Judicial de Cotopaxi en el cual señala que (a) luego de la valoración se verifica que el accionante está recibiendo tratamiento médico ambulatorio y (b) se sugiere que *"reciba atención médica en una casa de salud por el Médico Especialista para determinar su patología, toda vez que el turno para traumatología es para 25-07-2017, a las 10H00 como*

libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud pública sean incorporadas en los lugares de privación de libertad."

⁹³ Consta en la sentencia de primera instancia. Además, el tratamiento sugerido por el Dr. Edison Yáñez los días 13, 15, 16, 18, 21, 22, 23, 29 y 30 de septiembre de 2015, 05 de octubre y 15 de octubre de 2015 le recetan, principalmente, los siguientes medicamentos: diclofenaco, ibuprofeno y sulfadiazina de plata (fs. 1 a 8 del expediente de instancia).



consta en la hoja de referencia" y **(ii)** a fojas 13 del expediente de segunda instancia consta la historia clínica del Hospital General de Latacunga No. 1712079159 de Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez, en la cual, con fecha 5 de julio de 2017, en el numeral 1 "estudio solicitado" consta "Electromiografía y velocidad de conducción nerviosa de miembro inferior izquierdo"; dentro del numeral 3 "resumen clínico" se indica que el referido accionante presenta disminución de la fuerza y movilidad desde hace un año con antecedente de lesión a nivel de región lumbar y como diagnóstico del paciente consta "lumbalgia aguda".⁹⁴ Así también, a fojas 15 ibídem, consta el "Plan de Alta", en el cual, dentro de las indicaciones, el médico recomienda reposo relativo y no hacer esfuerzos físicos.

- e. A fojas 23, obra la historia clínica No. 1712079159 de Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez, en la que con fecha 16 de mayo de 2018, en el numeral 2 "antecedente", consta "traumatismo por disparo de arma de fuego a nivel de fosa lumbar izquierda que deja como secuela hemiplejía izquierda"; en el numeral 4, "enfermedad actual", consta "paciente masculino de 45 años de edad, acude en silla de ruedas para calificación de discapacidad"; en el numeral 7, "examen físico", consta "parálisis de miembro inferior izquierdo"; y, en el numeral 10, "evolución" se señala "total de 71% de discapacidad física. Se ingresa al sistema y se otorga carnet". Certificado que obra a fojas 24 ibídem.

117. La Corte Constitucional, al desarrollar el contenido del derecho a la salud ha determinado⁹⁵ que este tiene cuatro elementos esenciales e interrelacionados: **(i)** disponibilidad, **(ii)** accesibilidad, **(iii)** aceptabilidad y **(iv)** calidad. En lo venidero, se analizará el cumplimiento de estos elementos a la luz de los hechos descritos:

(i) Disponibilidad

118. La disponibilidad se refiere a que el Estado, para garantizar el derecho a la salud, debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas, personal médico y profesionales capacitados⁹⁶.

119. La Corte Constitucional ha señalado que las autoridades competentes *si enen la obligación de que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén disponibles y al alcance de las personas privadas de la libertad de los distintos centros de privación de la libertad que integran el sistema de rehabilitación social a nivel nacional, garantizando un tratamiento médico adecuado que incluye, entre otras cosas, personal*

⁹⁴ Se trata de un dolor localizado en la parte baja de la espalda que se origina a nivel de la columna vertebral, los músculos, ligamentos o nervios de la zona.
<https://www.sergas.es/cas/documentaciontecnica/docs/consejossalud2/lumbago.htm>

⁹⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 328-19-EP/20 de 24 de junio de 2020, párr. 48-66.

⁹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general N° 14 disfrute del más alto nivel posible de salud (Art. 12), párr. 12.



*médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua potable así como condiciones sanitarias adecuadas*⁹⁷.

- 120.** Sin embargo, esta Corte debe resaltar que el elemento de la disponibilidad no se limita a que los usuarios puedan obtener el servicio de salud como tal, sino que este sea otorgado de forma oportuna y apropiada.
- 121.** Primero, como ya quedó establecido, después del amotinamiento y disparo el accionante fue atendido en el centro de privación de la libertad y recibió tratamiento ambulatorio consistente en *"realizar curaciones"* y a *"la prescripción de antibióticos y analgésicos"* (fs. 8). No obstante, luego de ello (23 de septiembre de 2015), no volvió a recibir atención médica alguna por un lapso de dos años hasta la resolución de la acción de hábeas corpus en primera instancia, es decir, hasta mediados del año 2017.
- 122.** Segundo, del expediente constitucional se evidencia que con la resolución del recurso de apelación, por primera vez recibió atención en una casa de salud y, después de realizados los estudios médicos, se lo diagnosticó al paciente con lumbalgia aguda⁹⁸.
- 123.** Tercero, de forma tardía en el año 2019 -cuatro años después del disparo-, en el marco del seguimiento de cumplimiento de la sentencia, recién se activó un plan integral de salud a cargo del MSP, consistente en rehabilitación física, atención psicológica y atención médica especializada. Sin perjuicio de esto, es evidente que la disponibilidad de las acciones orientadas a salvaguardar su salud no fue garantizada de forma oportuna y apropiada puesto que el accionante tenía la necesidad urgente de un tratamiento desde que sufrió el disparo en el año 2015. Cabe subrayar que, el seguimiento del estado de salud del accionante pasó a ser competencia del MSP debido a que se ordenó medidas alternativas a la privación de la libertad, lo que implicó que el accionante salió del CRSC.
- 124.** De los recaudos presentados, se constata lo siguiente: **(i)** el 05 de julio de 2017 se le realiza un primer diagnóstico de lumbalgia aguda, **(ii)** en el año 2018 el accionante perdió la movilidad, de manera definitiva, de sus miembros inferiores, **(iii)** a partir del 27 de agosto de 2019 se proporcionó un plan integral de atención médica integral y **(iv)** que las atenciones médicas realizadas hasta antes del año 2019, tuvieron como énfasis un tratamiento superficial de la herida.
- 125.** Por las consideraciones expuestas, esta Corte Constitucional concluye que el CRSC y el Ministerio de Salud Pública, vulneraron el derecho a la salud en su elemento de disponibilidad oportuna producto del retraso injustificado de la atención médica.

(ii) Accesibilidad

⁹⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 209-15-JH/19 de 12 de noviembre de 2012, párr. 37.

⁹⁸ La Clínica Universidad de Navarra describe a la lumbalgia aguda como *"la presencia de dolor en la región comprendida entre la porción inferior de la última costilla y la región glútea puede irradiarse a una o ambas extremidades inferiores"*.



- 126.** El elemento de accesibilidad comprende la obligación de que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna. La accesibilidad, según el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, presenta cuatro dimensiones superpuestas siendo estas: **(i)** No discriminación.- los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser accesibles de hecho y de derecho a todas las personas, incluyendo a los sectores más vulnerables y marginados de la sociedad; **(ii)** Accesibilidad física.- los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial de los grupos vulnerables o marginados, es decir, la obligación por parte del Estado de acercar los medios necesarios para la realización de los derechos; **(iii)** Accesibilidad económica (asequibilidad).- los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos; y **(iv)** Acceso a la información.- comprende solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con su salud⁹⁹.
- 127.** En relación con la accesibilidad en establecimientos de privación de la libertad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha resaltado la obligación del Estado de garantizar que los servicios de salud proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas de salud pública sean incorporadas en estos lugares¹⁰⁰.
- 128.** En el caso sujeto a análisis, considerando que dentro del CRSC no contaban con los equipos y personal para tratar el avance de su cuadro médico correspondía a este centro de privación de la libertad coordinar con el MSP las actuaciones necesarias a fin de brindar un plan de atención integral para salvaguardar la salud del accionante. No obstante, de los hechos del caso se observa que desde el año 2015 no existió coordinación por parte del CRSC y el organismo rector del sistema de rehabilitación social con el sistema nacional de salud pública.
- 129.** Por lo que, este Organismo verifica que se ha vulnerado el derecho a la salud del accionante en su elemento de accesibilidad¹⁰¹.

(iii) Aceptabilidad

⁹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general N° 14 disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), párr. 12.

¹⁰⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, principio X.

¹⁰¹ Esta Corte toma nota que con posterioridad al inicio del seguimiento de medidas por parte del Tribunal de Garantías Penales recién se coordinó la activación de un plan integral orientado a tratar al accionante. En específico, se verifica que a partir del año 2020 el accionante tiene acceso a atención médica especializada, a pesar de no haber podido acudir al Hospital Eugenio Espejo debido a la crisis de salud a partir del COVID-19. Por otra parte, accedió y recibió rehabilitación física y atención psicológica, pero debido a la cuarentena impuesta a nivel nacional el personal sanitario de la coordinación de Salud No. 9.



130. La aceptabilidad comprende el deber de que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas. Las minorías, los pueblos y las comunidades, sensibles con los requisitos de género y el ciclo de la vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate¹⁰².

131. De la información reseñada, esta Corte verifica que la atención médica recibida puede ser considerada como aceptable debido a que no se evidencia que no se haya considerado las circunstancias particulares del accionante y tampoco que se haya irrespetado la ética médica o el consentimiento informado. En consecuencia, no se observa vulneración al elemento de aceptabilidad.

(iv) *Calidad*

132. El elemento de calidad se orienta a que la atención de salud debe ser apropiada desde el punto de vista científico y médico, así como también ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas¹⁰³.

133. A juicio de este Organismo, el accionante no recibió una atención de calidad dentro del CRSC, pues como ya quedó establecido, se le dio únicamente tratamiento ambulatorio y frente a su deterioro nunca se le brindó la atención médica oportuna y adecuada requerida para tratar su dolencia, a tal punto que después se le generó una discapacidad física. Por ello además, el accionante sufre de graves dolores e incluso incapacidad para movilizarse.

134. Bajo estas consideraciones, esta Corte ha sostenido que "[e]l obstaculizar o impedir la accesibilidad de personas privadas de libertad con enfermedades crónicas o catastróficas a los correspondientes tratamientos médicos, no solo constituiría una afectación directa a los derechos a la salud y la vida, sino que podría devenir en formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes."¹⁰⁴

135. Por último, esta Corte no desconoce los esfuerzos del MSP en la actualidad para tratar la salud del accionante, pero reitera que estos fueron tardíos y requirieron de varios impulsos y reclamos de parte de la defensa del accionante en diversas instancias para hacerse efectivos, debiendo incluso activar la vía judicial.

¹⁰² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general N°. 14 disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), párr. 12.

¹⁰³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general N° 14 disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), párr. 12.

¹⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados, párr. 102



136. De modo que esta Corte concluye que el CRSC ha vulnerado el derecho a la salud en los elementos de accesibilidad, calidad y disponibilidad.

5.2.4. Sobre el derecho a una vida digna

137. El derecho a la salud está estrechamente relacionado con el derecho a una vida digna. En la sentencia del caso Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay la Corte IDH, resaltó lo siguiente: *“Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”*¹⁰⁵.

138. Tal como ha establecido la Corte IDH, la adopción de medidas positivas y concretas para la satisfacción de este derecho toman aún más relevancia si se trata de personas en situación de vulnerabilidad, como sucede precisamente en el caso en análisis. Al tratarse de una persona privada de libertad con una condición grave de salud provocada durante el cumplimiento de su medida cautelar de prisión preventiva, su atención médica y asistencial se vuelve prioritaria.

139. En este caso, se ha podido comprobar que la situación del accionante se agravó progresivamente hasta devengar en una discapacidad física que ahora le impide moverse. Así las cosas, es evidente que el CRSC, al no generar las condiciones necesarias y oportunas para que el accionante pudiera obtener acceso a la salud también ha afectado el derecho a una vida digna.

5.3. Sobre la Reparación integral

140. La CRE, en su artículo 86 (3) establece que, de existir una violación de derechos constitucionales, reconocida por un juez o jueza, procederá la reparación integral:

“La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse”.

141. Por su parte, la LOGJCC desarrolla el derecho a la reparación integral, en su artículo 18:

“En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada

¹⁰⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. 2005, párr. 162.



posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud”.

142. Para el efecto, la Corte Constitucional dividirá la reparación en dos partes: En primer lugar, emitirá medidas de la reparación respecto a la acción extraordinaria de protección sobre los derechos al debido proceso en la garantía de motivación y al plazo razonable vulnerados por el Tribunal de Garantías Penales, en la sentencia de 20 de junio de 2017, y a la motivación por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, en la sentencia de 31 de julio de 2017.

(i) Medidas de restitución

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

144. Dejar sin efecto las sentencias dictadas el 20 de junio de 2017 por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi y de 31 de julio de 2017 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Cotopaxi.

145. Emitir esta sentencia sobre el mérito de los hechos que motivaron la presentación de la acción de protección, en sustitución de la sentencia dejada sin efecto.

146. Declarar que esta sentencia constituye, en sí misma una medida de satisfacción para el señor Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez.

(ii) Medidas de satisfacción respecto de los jueces que conocieron la acción de hábeas corpus:

- a.** El Consejo de la Judicatura, deberá publicar la presente sentencia durante un plazo de 3 meses consecutivos en la parte principal de su página web principal institucional y difundirla, por una sola vez, por los medios adecuados y disponibles a todos los operadores de justicia. Para justificar el cumplimiento integral de la medida, los responsables del departamento de tecnología y comunicación del Consejo de la Judicatura deberán remitir a esta Corte: (i) 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 la publicación del banner, del que se advierta que efectivamente las entidades obligadas publicaron de manera ininterrumpida en su sitio web la presente sentencia.



147. En segundo lugar, producto del análisis de mérito realizado, esta Corte Constitucional efectuará la reparación de los derechos a la libertad, integridad personal y salud del señor Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez. No obstante, para el efecto, es preciso considerar que la pretensión del hábeas corpus ya fue satisfecha, pero en razón de las medidas alternativas dispuestas por el juez de garantías penitenciarias. Por esta razón la Corte establecerá medidas de reparación únicamente en relación con la afectación causada a sus derechos por la falta de tratamiento oportuno y por los 3 años que debió esperar para obtener un tratamiento integral a su salud dentro del centro de rehabilitación. Para ello, adoptará medidas de satisfacción y de no repetición al Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores (SNAI) y al Ministerio de Salud Pública.

(iii) Medidas de satisfacción ordenadas al SNAI

148. Presentar disculpas públicas al accionante y su familia por la privación de la libertad ilegal y arbitraria, el grave atentado a su integridad física y la desatención de su cuadro médico que tuvo como consecuencia ulterior que pierda la movilidad de sus piernas y una discapacidad física del 71%. Para esto, en el término de dos meses desde notificada esta sentencia, el SNAI, emitirá un comunicado dirigido y notificado directamente en su domicilio, mismo que también deberá ser publicado en la parte principal de su página web institucional por el plazo de dos meses consecutivos. En la publicación debe constar el siguiente texto:

"Por disposición de la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 2622-17-EP/21, el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores presenta disculpas públicas al señor Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez y a su familia, pues reconoce que la privación de la libertad del accionante fue ilegal debido a que fue enviado a un Pabellón de Máxima Seguridad. Además, dado que en el marco de su privación de la libertad fue víctima de disparos en su espalda por parte de agentes penitenciarios y que producto de ello adquirió un cuadro de lumbalgia aguda, que por no haber sido tratada oportunamente generó una discapacidad física del 71%, lo cual conllevó a una vulneración a su derecho a la salud. Esta entidad reconoce su obligación de respetar la Constitución del Ecuador y los instrumentos internacionales en relación con los derechos de las personas privadas de la libertad, más aún cuando se trata de personas que requieren de atención prioritaria que garantice sus derechos, a cuentas de que el Estado es el garante de sus derechos".

149. Como medida de reparación económica, dado que se busca eliminar dilaciones desproporcionadas y cargas judiciales adicionales a la víctima¹⁰⁶, la Corte estima necesario ordenar que se cancele la cantidad de \$ 5.000,00 (cinco mil dólares americanos) por los daños producidos y la vulnerabilidad a la que se enfrentó por haber sido privado de la libertad en un pabellón de máxima seguridad mientras cumplía prisión preventiva y por la afectación a sus derechos a la integridad física y salud derivadas de la falta de atención médica por un periodo superior a dos años. Dicha suma le será

¹⁰⁶ Ver Corte Constitucional del Ecuador, sentencias No 904-12-JP/19 y No 335-13-JP/20.



depositada en la cuenta que el accionante designe en el plazo máximo de seis meses y el respaldo del depósito deberá ser inmediatamente remitido a esta Corte.

(iv) Medida de rehabilitación ordenada al MSP

150. Garantizar, de forma oportuna, todo tratamiento y atención médica que requiera el señor Imbaquingo Sánchez, esto incluye también la continuidad de las visitas en su domicilio; así como el seguimiento telemático y telefónico de su tratamiento. De igual manera, se dispone atención psicológica para el accionante si voluntariamente acepta tenerla.

(v) Como garantía de satisfacción ordenadas al SNAI

151. Por un plazo de 3 meses desde la notificación de esta sentencia, publicar la presente sentencia en la parte principal de su página web institucional y difundir su contenido, por una sola vez, entre todo el personal del SNAI. Para justificar el cumplimiento integral de la medida, los responsables del departamento de tecnología y comunicación deberán remitir a esta Corte, dentro del término de 10 días contados desde el cumplimiento del plazo, un informe en el que se detalle el registro de actividades (historial log) respecto de la publicación del banner, del que se advierta que efectivamente las entidades obligadas publicaron de manera ininterrumpida en su sitio web la presente sentencia.

152. Realizar una capacitación a todos los y las servidoras públicas del SNAI, sobre los derechos de las personas privadas de libertad que presentan patologías complejas, más aún cuando estas personas tengan algún tipo de discapacidad, a fin de que se asegure una atención de calidad a estas personas. Esta capacitación debe tener como eje el enfoque de derechos humanos y la sensibilización con la realidad de cada una de las personas. Además, se deberá realizar otra capacitación a todos los y las servidoras públicas del SNAI sobre el uso progresivo y racional de la fuerza a la luz de la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional e instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁰⁷. Para estas capacitaciones deberá coordinar acciones con la Defensoría del Pueblo. Para justificar el cumplimiento integral de la medida, el responsable del SNAI deberá remitir a esta Corte el cumplimiento de esta medida en un tiempo máximo de 6 meses desde la notificación de esta sentencia.

VI. Decisión

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

1. Aceptar la acción extraordinaria de protección.

¹⁰⁷ Por ejemplo, las sentencias No. 33-20-IN/21 y acumulados y No. 365-18-JH/21 y acumulados expedidas por la Corte Constitucional del Ecuador.



2. Declarar que la sentencia dictada el 30 de junio de 2017 por el Tribunal de Garantías Penales vulneró los derechos constitucionales al plazo razonable (art. 8 CADH) y al debido proceso en la garantía de motivación (art. 76.7.1 CRE) y que la sentencia dictada el 31 de julio de 2017 por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia Cotopaxi vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de motivación (art. 76.7.1 CRE).
3. Aceptar la acción de hábeas corpus y declarar que el cumplimiento de la medida cautelar personal de prisión preventiva del accionante en el Pabellón de Máxima seguridad fue ilegal y arbitraria.
4. Declarar que la falta de atención médica y omisión de respetar el principio de vida libre de violencia en el CRSC vulneró los derechos a la integridad personal (art. 66.3 CRE), a la salud (art. 32 CRE) y a la vida digna (art. 66.2 CRE).
5. Como medidas de reparación integral se dispone:

5.1. Medidas de restitución:

- a.* Dejar sin efecto las sentencias dictadas el 20 de junio de 2017 por el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi y de 31 de julio de 2017 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Cotopaxi.
- b.* Emitir esta sentencia sobre el mérito de los hechos que motivaron la presentación de la acción de hábeas corpus, en sustitución de la sentencia dejada sin efecto en el numeral 5.
- c.* Declarar que esta sentencia constituye, en sí misma una medida de satisfacción para el señor Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez.

5.2. Medidas de satisfacción respecto de los jueces que conocieron la acción de hábeas corpus:

- a.* El Consejo de la Judicatura, deberá publicar la presente sentencia durante un plazo de 3 meses consecutivos en la parte principal de su página web principal institucional y difundirla, por una sola vez, por los medios adecuados y disponibles a todos los operadores de justicia. Para justificar el cumplimiento integral de la medida, los responsables del departamento de tecnología y comunicación del Consejo de la Judicatura deberán remitir a esta Corte: (i) 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 la publicación del banner, del que se advierta que efectivamente las entidades obligadas publicaron de manera ininterrumpida en su sitio web la presente sentencia.



5.3. Como medidas de satisfacción el SNAI como organismo rector del sistema de rehabilitación social deberá:

- a. Presentar disculpas públicas al accionante y su familia por la privación de la libertad ilegal y arbitraria, el grave atentado a su integridad física y la desatención de su cuadro médico que tuvo como consecuencia ulterior que pierda la movilidad de sus piernas y se genere una discapacidad física del 71%. Para esto, en el término de dos meses desde notificada esta sentencia, el SNAI, emitirá un comunicado dirigido y notificado directamente en su domicilio. Mismo que también deberá ser publicado en la parte principal de su página web institucional por el plazo de dos meses consecutivos. En la publicación debe constar el siguiente texto:

"Por disposición de la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 2622-17-EP/21, el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores presenta disculpas públicas al señor Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez y a su familia, pues reconoce que la privación de la libertad del accionante fue ilegal debido a que fue enviado a un Pabellón de Máxima Seguridad. Además, dado que en el marco de su privación de la libertad fue víctima de disparos en su espalda por parte de agentes penitenciarios y que producto de ello adquirió un cuadro de lumbalgia aguda, que por no haber sido tratada oportunamente generó una discapacidad física del 71%, lo cual conllevó a una vulneración a su derecho a la salud. Esta entidad reconoce su obligación de respetar la Constitución del Ecuador y los instrumentos internacionales en relación con los derechos de las personas privadas de la libertad, más aún cuando se trata de personas que requieren de atención prioritaria que garantice sus derechos, a cuentas de que el Estado es el garante de sus derechos".

Para justificar el cumplimiento integral de la medida, el SNAI deberá remitir a esta Corte: (i) dentro del plazo de 3 meses desde la notificación de la sentencia, un informe con los correspondientes respaldos respecto de la entrega de la disculpa pública, así como el detalle del registro de actividades (historial log) respecto de la publicación del banner, del que se advierta que efectivamente se publicó de manera ininterrumpida en su sitio web.

- b. Cancelar en equidad un total de \$ 5.000,00 (cinco mil dólares americanos) por los daños producidos y la vulnerabilidad a la que se enfrentó por haber sido privado de la libertad en un pabellón de máxima seguridad mientras cumplía prisión preventiva y por la afectación a sus derechos a la integridad física y salud derivadas de la falta de atención médica por un periodo superior a dos años. Dicha suma le será depositada en la cuenta que el accionante designe en el plazo máximo de seis meses y el respaldo del depósito deberá ser inmediatamente remitido a esta Corte.

5.4. Como medidas de rehabilitación el MSP deberá:

- a. Garantizar, de forma oportuna, todo tratamiento y atención médica que requiera el señor Imbaquingo Sánchez, esto incluye también la continuidad de las visitas en su domicilio; así como el seguimiento telemático y telefónico de su tratamiento. De igual manera, se dispone atención psicológica para el accionante si voluntariamente acepta tenerla.

Para efectos del cumplimiento de esta medida, el MSP deberá remitir a este Organismo un informe detallado de la atención médica brindada en un plazo máximo de seis meses desde la notificación de esta sentencia.

5.5. Como garantía de satisfacción el SNAI deberá:

- a. Por un plazo de 3 meses desde la notificación de esta sentencia, publicar la presente sentencia en la parte principal de su página web institucional y difundir su contenido, por una sola vez, entre todo el personal del SNAI. Para justificar el cumplimiento integral de la medida, los responsables del departamento de tecnología y comunicación deberán remitir a esta Corte, dentro del término de 10 días contados desde el cumplimiento del plazo, un informe en el que se detalle el registro de actividades (historial log) respecto de la publicación del banner, del que se advierta que efectivamente las entidades obligadas publicaron de manera ininterrumpida en su sitio web la presente sentencia.
- b. Realizar una capacitación a todos los y las servidoras públicas del SNAI, sobre los derechos de las personas privadas de libertad que presentan patologías complejas, más aún cuando estas personas tengan algún tipo de discapacidad, a fin de que se asegure una atención de calidad a estas personas. Esta capacitación debe tener como eje el enfoque de derechos humanos y la sensibilización con la realidad de cada una de las personas. Además, se deberá realizar otra capacitación a todos los y las servidoras públicas del SNAI sobre el uso progresivo y racional de la fuerza a la luz de la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional e instrumentos internacionales de derechos humanos. Para estas capacitaciones deberá coordinar acciones con la Defensoría del Pueblo. Para justificar el cumplimiento integral de la medida, el responsable del SNAI deberá remitir a esta Corte el cumplimiento de esta medida en un tiempo máximo de 6 meses desde la notificación de esta sentencia.

6. Notifíquese, publíquese y cúmplase

LUIS HERNAN
BOLIVAR
SALGADO
PESANTES

Firmado digitalmente por
LUIS HERNAN BOLIVAR
SALGADO PESANTES
Fecha: 2021.12.10
09:11:03 -05'00'

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

ECUADOR



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, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes (voto concurrente); y, un voto en contra de la Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez; en sesión ordinaria de miércoles 10 de noviembre de 2021.- Lo certifico.

AIDA
SOLEDAD
GARCIA
BERNI

Firmado digitalmente por AIDA SOLEDAD GARCIA BERNI

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 2622-17-EP/21

VOTO CONCURRENTENTE

Juez Constitucional Hernán Salgado Pesantes

Por encontrarme de acuerdo con la decisión, pero para realizar algunas puntualizaciones adicionales, me permito emitir el presente voto concurrente dentro de la sentencia 2622-17-EP/21.

Antecedentes.-

1. La sentencia 2622-17-EP/21 conoció la acción extraordinaria de protección planteada por el señor Jorge Aníbal Imbaquingo Sánchez, en contra de las sentencias de primera y segunda instancia emitidas en la acción de hábeas corpus que en su momento fue planteada por el accionante.
2. En la sentencia se aceptó la acción considerar que las decisiones vulneraron los derechos del legitimado activo. Además, se realizó un control de mérito y se aceptó la acción de hábeas corpus por encontrar que la prisión preventiva impuesta al accionante fue ilegal y arbitraria, así como también porque se vulneraron sus derechos a la integridad personal, a la salud y a la vida digna.
3. Expuesto aquello, reitero que me encuentro de acuerdo con la decisión adoptada por el Pleno de la Corte Constitucional; no obstante, considero que se debió analizar un aspecto adicional dentro de las consideraciones realizadas en la garantía de motivación, lo que paso a desarrollar a continuación.

Análisis.-

4. En la Sentencia 2622-17-EP/21 se analizó la garantía de motivación en las sentencias de 30 de junio de 2017 y de 31 de julio de 2017 emitidas dentro de la acción de hábeas corpus planteada en su momento por el compareciente.
5. En cuanto a la sentencia de apelación, se concluyó que "*..la judicatura accionada dejó sin resolver los cargos referentes a una posible privación de la libertad ilegal y arbitraria producto de la privación de la libertad en el pabellón de máxima seguridad mientras cumplía una prisión preventiva y a la afectación a la integridad física...*".
6. Para concluir que se dejaron de resolver los cargos antes mencionados, la Corte Constitucional determinó que los mismos fueron expuestos en la audiencia de



apelación¹, particularmente, aquel relacionado con la configuración de una supuesta privación de libertad ilegal y arbitraria, por haber enviado al accionante a un pabellón de máxima seguridad.

7. En efecto, sobre este aspecto, la Sala de la Corte Provincial que conoció el recurso de apelación, indicó: *"6.5. Respecto de la alegación de que al accionante el 1 de septiembre le trasladan al pabellón c1c de máxima seguridad cuando aún no tenía sentencia, la Sala observa que esta alegación se presenta en la audiencia pero no consta en el escrito de acción"*² (Énfasis añadido).
8. Frente a lo anterior, surge el cuestionamiento de si existía la obligación de la Corte Provincial de pronunciarse respecto de un cargo que fue expuesto por primera ocasión en audiencia y no en su demanda de hábeas corpus.
9. Al respecto, el artículo 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) establece como uno de los requisitos de la demanda en esta materia, la *"descripción del acto u omisión violatorio del derecho que produjo el daño"*. En este contexto, la determinación de la relación circunstancia de los hechos recae en la parte accionante y el momento procesal es en la demanda.
10. Ahora bien, ¿qué ocurre si existe algún acto u omisión que no consta en la demanda pero que, en el transcurso del proceso el accionante, lo presenta y pretende que se lo analice?
11. En principio, existiría la posibilidad de que el accionante presente nuevos hechos en su demanda. Sin embargo, considero que deben corresponder a sucesos sobrevinientes y que tengan relación con el objeto de la acción que se está resolviendo. En el caso de la acción de hábeas corpus, por ejemplo, podrían tratarse de nuevos actos u omisiones relacionadas con la situación o las condiciones de privación de libertad.
12. En este tipo de circunstancias, el accionante se encontraría en la posibilidad de incorporarlos al proceso o señalarlos para que sean considerados por los jueces y juezas, siempre y cuando procesalmente exista un momento para su contradicción y así la contraparte pueda ejercer el derecho a la defensa, así como también si se justifica que son hechos sobrevinientes y relevantes para la causa.

¹ En el párrafo 57 de la Sentencia No. 2622-17-EP/21 se indica: *" 57. A fin de verificar si la decisión analizada contiene la motivación mínima, que incluye pronunciarse sobre los argumentos relevantes, se debe considerar que el accionante presentó los siguientes cargos en su demanda de hábeas corpus y en la audiencia de apelación: (i) violación del derecho a la integridad física por lo ocurrido durante el motín, (ii) configuración de una privación de la libertad ilegal y arbitraria por haberse privado al accionante en un pabellón de máxima seguridad y (iii) falta de atención médica, por más de dos años, como violatoria al derecho a la salud"* (Énfasis añadido).

² Acción de hábeas corpus No. 05241-2017-00003. Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi. Sentencia de 31 de julio de 2017.



13. Ahora bien, distinto podría ser el escenario si las circunstancias no son nuevas y sí habrían podido ser alegadas e incluidas en la demanda. En dicho evento, el accionante no habría cumplido a cabalidad su carga de presentar la demanda con un adecuado relato de la relación circunstanciada de los hechos que serán objeto del litigio, lo cual, inclusive, podría provocar efectos nocivos hacia el ejercicio del derecho a la defensa de la contraparte.
14. En este sentido, la incorporación de hechos que no son nuevos y que, por omisión del accionante, no fueron señalados en la demanda, podría generar dificultades procesales. Esto se debe a que si bien podrían tratarse de actos u omisiones relevantes, se reformaría la demanda y, por el diseño procesal de las garantías jurisdiccionales, se impediría a la parte accionada defenderse o presentar los argumentos y pruebas que consideren necesarios en virtud de lo expuesto en la demanda.
15. Tal apreciación, sin embargo, no podría ser absoluta tratándose de acciones constitucionales y requiere más reflexiones al respecto, dado que existe la posibilidad de que los hechos no alegados en la demanda sean imprescindibles para tutelar derechos ante situaciones de afectaciones graves de derechos constitucionales. No obstante, a mi juicio, aquello debe ser excepcional, siempre que concurren requisitos como los siguientes: i) Que la parte accionante justifique las razones por las que no fueron incluidos estos hechos en la demanda; ii) Que la parte accionante acredite la relevancia de los hechos para la resolución del caso concreto; iii) Que el juzgador motive por qué razón, excepcionalmente, se incluirían en el proceso circunstancias no alegadas oportunamente; y, iv) Que exista la posibilidad de contradicción y que no se limite el derecho a la defensa de la contraparte.
16. Considero que en la sentencia de mayoría se debió plantear esta discusión y analizar aspectos como los esbozados en el párrafo anterior, que no buscan ser criterios absolutos sino más bien parámetros que actúen como un punto de partida para abordar esta temática tan relevante en un proceso jurisdiccional.
17. En el presente caso, el argumento de la privación de libertad en el pabellón de máxima seguridad se presentó en la audiencia de apelación. En consecuencia, considero que este punto sí pudo ser señalado por el accionante en su demanda debido a que la privación de libertad en dicho pabellón fue anterior al motín en el cual resultó afectado. Sin embargo, fue presentado de forma posterior, lo que, a mi criterio, se constituyó en una reforma a su demanda de hábeas corpus. Por lo tanto, estimo que no existía la obligación de la Corte Provincial de pronunciarse al respecto en su sentencia.
18. En virtud de lo expuesto, considero que este aspecto de índole procesal, debía desarrollarse de forma más detenida y detallada en la sentencia, toda vez que tiene relación con la vulneración a la garantía de motivación analizada y el consecuente análisis de mérito. Incluso, una vez que la Corte entró a estudiar la acción de hábeas corpus, este fue un cargo sobre el cual se pronunció y concluyó que existió una



privación ilegal y arbitraria por haber privado de libertad al accionante en el pabellón de máxima seguridad cuando se le impuso prisión preventiva.

LUIS HERNAN
BOLIVAR SALGADO
PESANTES

Firmado digitalmente por
LUIS HERNAN BOLIVAR
SALGADO PESANTES
Fecha: 2021.12.10
09:12:24 -05'00'

Dr. Hernán Salgado Pesantes
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Hernán Salgado Pesantes, en la causa 2622-17-EP, fue presentado en Secretaría General, el 24 de noviembre de 2021, mediante correo electrónico a las 13:32; 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

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

ASUNCION, 13 de Abril de 2023

SEÑORES/AS
FATIMA RAMONA PANIAGUA RUIZ DIAZ, FEDERICO JOSE MARIA LEGUIZAMON NOGUERA
PRESENTE:

NOTIFÍCOLE, que en el expediente Nro. 120 y Año 2012 con caratula: “HERIB GUILLERMO ANDINO DUARTE S/ ROBO AGRAVADO”, el Juzgado JUZGADO PENAL DE GARANTIAS NRO. 1, ha dictado la actuación Auto Interlocutorio, “Resolución. LIBERTAD”, Nro.: 429 cuyos datos constan en el cuerpo de la Resolución obrante en el registro electrónico del expediente:



CAUSA HERIB GUILLERMO ANDINO DUARTE S/ ROBO AGRAVADO.-

ASUNCION, 13 de Abril de 2023

A.I. N°: 429

VISTO: La Audiencia de Estudio de Imposición de Medidas Cautelares con relación a **HERIB GUILLERMO ANDINO DUARTE, y,-**

C O N S I D E R A N D O :

QUE, por acta de imputación N° 335 de fecha 31 de agosto del 2012, la agente fiscal en lo penal **Abg. SONIA PEREIRA** imputa al señor **HERIB GUILLERMO ANDINO DUARTE** por la supuesta comisión del hecho punible de ROBO AGRAVADO; por A.I. N° 750 de fecha 17 de setiembre del 2012, el juzgado penal de garantías N° 12 de la capital, declaró la rebeldía del imputado HERIB GUILLERMO ANDINO DUARTE por no haber comparecido a la audiencia de estudio de imposición de medidas en su oportunidad; por nota policial de fecha 12 de marzo del presente año la comisaría 1° de San Lorenzo comunica la detención del imputado ante el juzgado penal de garantías N° 12; por A.I. N° 215 de fecha 13 de marzo del 2023 el juzgado

Para conocer la validez
del documento,
verifique aquí.



penal de garantías n° 12 de la capital resuelve decretar la prisión preventiva en contra de HERIB GUILLERMO ANDINO DUARTE; por A.I. N° 75 de fecha 04 de abril del cte. año, la Cámara de Apelaciones en lo Penal resuelve anular el A.I. N° 215 de fecha 13 de marzo del cte. año y retrotraer el proceso a los efectos de realizar nuevamente la audiencia de levantamiento de rebeldía en relación al imputado HERIB GUILLERMO ANDINO DUARTE, en consecuencia, por acta de sorteo de fecha 12 de abril del 2023 se tare a la vista el expediente en cuestión ante la secretaría del juzgado penal a cargo de esta Magistratura, y en cumplimiento a lo resuelto por el tribunal de apelaciones en lo penal, se convoca al imputado para el día 13 de abril del cte. año a los efectos de llevarse a cabo la audiencia de conformidad a los artículo 83 del C.P.P.-

En fecha 13 de abril de 2023 compareció ante este juzgado la defensora pública FATIMA PANIAGUA, a los efectos de asistir al imputado HERIB GUILLERMO ANDINO y se llevó a cabo la audiencia de conformidad al artículo 83 del C.P.P., oportunidad en que la misma manifestó: " ... Esta defensa técnica según se puede percatar del contenido del expediente judicial mi representado ha sido aprehendido en fecha 8 de marzo del presente año según la Nota n° 211 de fecha 12 de marzo de 2023, habiendo dado supuesto nombre de Jesús Manuel Andino Duarte, posterior en fecha 11 de marzo del presente año se ha constituido en sede de la comisaria Oficiales encargados a los efectos de tomar las huellas dactilares para verificar el sistema Afis de la Policía Nacional a mi representado oportunidad en la cual se ha rectificado los datos preliminarmente otorgado por mi defendido dando por nombre dicho sistema que se trata de Herib Guillermo Andino Duarte. Queda asentada en el acta 211/2023 que mi representado ha sido aprehendido en fecha 8 de marzo del presente año siendo 07.40 horas recién en fecha 11 de marzo siendo las 10.00 horas se les quita las huellas dactilares para la rectificación del nombre y según cargo de la mencionada nota dicha circunstancia fue puesta a conocimiento del juzgado de Atención permanente en fecha 12 de marzo del presenta año. En esta circunstancia para esta defensa técnica ha pasado con creces el plazo establecido en nuestra normativa legal en cuanto a la puesta a disposición, el art. 12 de la C.N que refiere a la detención y al arresto

establece que toda persona detenida o arrestada según el numeral 5° debe ser puesto en un plazo no mayor de 24 horas a disposición del magistrado judicial competente para que este disponga cuanto corresponda, siguiendo la misma línea de pensamiento del art 240 del CPP determina que todos los caso de la persona detenida será puesta a disposición del juez en un plazo de 24 horas. En atención a todas las circunstancias expuestas de mi parte solicito la nulidad absoluta de las actuaciones de conformidad a lo dispuesto en art 165 y siguientes, art 240 del CPP y el art. 12 de la C. N y ordene la libertad inmediata de mi representado, pongo a conocimiento de Vs. que existe jurisprudencia con respecto a lo peticionado precedentemente para lo cual hago mención: Causa N° 3681/2018 Mario Machuca Pereira sobre Violencia Familiar, causa en la cual el Tribunal de Apelaciones Segunda Sala ha hecho lugar al manteamiento formulado por esta defensa y dispuso declarar la nulidad disponer la libertad de mi representado, ello conforme al A.I. N° 34 de fecha 26 de febrero del 2019..."._

ANALISIS DEL INCIDENTE PLANTEADO POR LA DEFENSORA PUBLICA FATIMA PANIAGUA

Esta Magistratura a objeto del análisis del incidente planteado, debe partir primeramente del postulado constitucional previsto en el artículo 12 de nuestra carta magna que dispone: "...Nadie será detenido ni arrestado sin orden escrita de autoridad competente, salvo en los casos de ser sorprendido en flagrante comisión de delito que mereciese pena corporal. Toda persona detenida tiene derecho a: **numeral 5) que sea puesta, en un plazo no mayor de veinticuatro horas, a disposición del Magistrado judicial competente, para que este disponga cuanto corresponda en derecho...**". Por otra parte y en atención a un control convencional, es preciso advertir sobre la protección integral de la libertad de todo ciudadano, como se establece en el Artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículos 5.1, 5.2, 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 8.2, 11.2, 11.3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

El artículo 240 del C.P.P., a su vez establece: **DETENCIÓN** El Ministerio Público podrá ordenar que una persona sea detenida, en los siguientes casos: y en su parte pertinente se transfiere cuanto sigue: *"...En todos los casos, la persona que haya sido detenida será puesta a disposición del juez en el plazo de veinticuatro horas para que resuelva, dentro del mismo plazo, sobre la procedencia de la prisión preventiva, aplique las medidas sustitutivas o decrete la libertad por falta de mérito..."*.-

Por otra parte, también es preciso traer a colación lo previsto en el artículo 166 del C.P.P que refiere: **166. NULIDADES ABSOLUTAS.** *"...Además de los casos expresamente señalados en este código, serán consideradas nulidades absolutas aquellas concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que este código establezca, o las que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente y este código..."*.-

Es así que se puede observar que efectivamente con respecto a la intervención del imputado HERIB GUILLERMO ANDINO DUARTE, se ha violado el precepto constitucional previsto en el artículo 12 Numeral 5 transcrito en líneas arriba, en razón a que el imputado fue aprehendido en fecha 08 de marzo del 2023 a las 07:40hs conforme a la nota policial N° 211/2023 emanada de la comisaría 1° de San Lorenzo, y fue puesto a disposición del juzgado penal de garantías N° 12 en fecha 13 de marzo del 2023, es decir, ha sido puesto a disposición del juzgado correspondiente muy por fuera del plazo establecido en los artículos 12 Numeral 5 de la C.N y en el artículo 240 del C.P.P., que es de 24 hs., es así que en su oportunidad se ha incumplido el plazo taxativo para decidir la aplicación de una medida cautelar o de disponer la libertad del imputado.-

Por lo que, habiéndose transgredido la disposición constitucional previsto en el artículo 12 Numeral 5 al no ser puesto a disposición del juez competente dentro del plazo de 24hs, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Convención Americana de los Derechos humanos que dispone: *"..Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo 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..”, corresponde ordenar la inmediata libertad del imputado HERIB GUILLERMO ANDINO DUARTE.-

POR TANTO, EN ATENCIÓN A LO EXPUESTO Y A LO DISPUESTO EN LAS NORMAS LEGALES CITADAS, EL JUZGADO PENAL DE GARANTÍAS NÚMERO UNO DE LA CAPITAL.-

R E S U E L V E

1) ORDENAR LA INMEDIATA LIBERTAD DE HERIB GUILLERMO ANDINO DUARTE CON C.I. N° 3.415.835, POR HABERSE TRASNGREDIDO LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 12 NUMERAL 5 DE LA C.N Y EL ARTÍCULO 240 DEL C.P.P., CONFORME AL EXHORDIO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN Y CON LA EXPRESA SALVEDAD QUE LO RESUELTO SE REFIERE UNICA Y EXCLUSIVAMENTE A LA PRESENTE CAUSA.-

3) ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.-

QUEDA/N UD/S. DEBIDAMENTE NOTIFICADO/S.

Observación: las notificaciones electrónicas al Ministerio Público, Ministerio de la Defensa Pública y Funcionarios Judiciales provenientes de los Juzgados en los cuales se encuentra implementado el Trámite Electrónico, y conforme a lo dispuesto el en C.P.C. en su Art: 134 quedarán notificados el día siguiente de la recepción física del expediente, hasta tanto en el despacho sea implementado el expediente judicial electrónico.

RESULTADO DE LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DE ACUERDO A LA LEY 6822/2021

Fecha y hora del Depósito en la Bandeja de Notificaciones: 13/04/2023 14:16:39



PODER
JUDICIAL

Causa: "FERNANDO AHRIAN CANE
MORALES S/ ROBO AGRAVADO"
Identificación N° 1-1-2-16-2021-781.-----

Abog. Lucila Paola Cuevas
Coordinación de
Juicios Orales

Sentencia Definitiva N° 95

03 ABR. 2023

En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los treinta días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, se constituye el Tribunal Colegiado de Sentencia presidido por la Juez Penal Abg. María Luz Martínez Vázquez e integrado por los Jueces Penales Abg. Elio Rubén Ovelar Frutos y Abg. Darío Javier Báez Ferreira como Miembros Titulares; con el objeto de dictar veredicto atento a lo prescrito en el art. 398 y concordantes del Código Procesal Penal en la causa penal N° 1-1-1-2010-6475 seguida al ciudadano FERNANDO ARHIAN CANE MORALES, sin apodo ni sobrenombre, paraguayo, soltero, 20 años de edad, con C.I N° 6.012.461, nacido en fecha 27 de marzo de 2003, domiciliado en Estados Unidos y Florencio Villamayor del Barrio Ricardo Brugada de Asunción, hijo de la señora Liliana Morales y del señor Carlos Campos, por el supuesto hecho punible de Robo Agravado. En el transcurso del juicio oral, han intervenido por el Ministerio Público la Agente Fiscal Abg. Claudia Lucila Penayo de Rodríguez, en tanto que por la Defensa lo ha hecho el Defensor Público Abg. Francisco Antonio Acevedo Morel.-----

INCIDENTES PLANTEADOS EN LA AUDIENCIA DE JUICIO ORAL Y PUBLICO

En la etapa procesal oportuna, la defensa ha interpuesto incidencias, en tal sentido el Defensor Público Abg. Francisco Antonio Acevedo Morel ha referido que: "...Tengo cuatro incidentes para plantear, el primero una nulidad de acta de declaración indagatoria por violación del art. 86 del Código Procesal Penal en razón de que dicho artículo de nuestra ley procesal establece de que además de comunicarse detalladamente el hecho que se le atribuye debe existir un resumen del contenido de elementos de prueba existentes, verificamos nosotros el primer párrafo del acta de declaración indagatoria de fecha 07 de julio del 2021, cumple con el primer requisito que es relatar el hecho, ahora bien, respecto al segundo enunciado y de acuerdo a la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia en este sentido que es uniforme, es necesario advertir ese resumen de los elementos de prueba existentes que no obran en el acta de declaración indagatoria, como también se le hace saber al deponente de sus demás derechos procesales contenidos en los artículos 86, 87 y 97 del Código Procesal Penal, la mera mención de estos artículos no cumplen con lo establecido en el art. 86, por lo que el acta de declaración indagatoria es nula, así también como consecuencia de dicha acta de declaración indagatoria se torna nula la imputación y también la acusación, en razón de que no puede existir acusación sin indagatoria, todas estas nulidades en base a lo que establecen los artículos 165 y 166 del Código Procesal Penal. En cuanto al segundo incidente de nulidad del acta de acusación por violación del numeral 2° del art. 347 del Código Procesal Penal, verificando nosotros la acusación a partir de fs. 42 en adelante del expediente judicial, verificamos la relación de hechos, establece que el día 06 de julio del 2021 a las 20:00 hs. aproximadamente se encontraba al mando de un vehículo de la marca Toyota, modelo Runx, de color blanco, sin chapa, con chasis número tanto, posteriormente vamos nosotros leyendo correctamente el acta de acusación y no encontramos una relación precisa y circunstanciada como lo requiere el art. 347 en cuanto hace a los hechos punibles, la relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado, luego

Abog. Benita Dula
Actuaría Judicial

Abog. Darío Javier Báez Ferreira
Juez Penal

EL TRIBUNAL COLEGIADO DE SENTENCIA
JUEZ PENAL DE SENTENCIA

María Luz Martínez Vázquez
Juez

Causa: "FERNANDO AHRIAN CANE
MORALES S/ ROBO AGRAVADO"
Identificación N° 1-1-2-16-2021-781.-----

leemos de que bajaron dos personas del vehículo pero en ningún momento se identifica quienes son esas dos personas y si nosotros nos vamos al acta que se encuentra a fs. 04 del expediente judicial se verifica que la denunciante reconoció a estas personas pero sin decir con quien se bajó, no hubo reconocimiento porque acá dice la testigo que no sabe quién era el que manejaba, por eso no se puede dar cumplimiento a lo establecido en el numeral 2 del 347. **Quisiera referirme al tercer incidente de exclusión probatoria**, si bien tengo que ser sincero, ya se presentó en la audiencia preliminar, la fundamentación de este incidente es distinta a la que se había utilizado en esa audiencia, el video fue remitido por nota policial N° 348/21, establece claramente en los últimos tres párrafos CD que contiene grabación del circuito cerrado de ocurrido el hecho, sin embargo en la carpeta fiscal se encuentra la nota OEG-MP-794 de fecha 10 de agosto del 2021, que se encuentra a fs. 28 de la carpeta fiscal, firma la Oficial Inspector Fátima Yegros de la Oficina de extracción de grabación manifiesta que no existe cámara de circuito cerrado en la intersección de las calles Dr. Garcete esquina Isabel La Católica, nosotros no tenemos conocimiento de cómo este video llega a la policía, nosotros no tenemos conocimiento de si este video respeta o no respeta la cadena de custodia, el principio mínimo de la cadena de custodia, no existe un acta en donde se pueda demostrar que efectivamente haya una cadena de custodia, si existiese cadena de custodia en esta nota firmada por Fátima Yegros la misma diría de que existe y que se le hace llegar y se cumpliría con todas las etapas básicas de la cadena, por ende no conocemos la legalidad del video por violación de la cadena de custodia y de la obtención misma de ese video. **Respecto al último incidente, es de la nulidad del acta de acusación por presentación extemporánea**, por violación del art. 347 que establece específicamente "cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamentos serios para el enjuiciamiento público del imputado en la fecha fijada por el juez", en concordancia con esto debemos ir al art. 303 del Código Procesal Penal que "el juez indicará además la fecha exacta en la que el fiscal deberá presentar su acusación dentro del plazo máximo previsto para la etapa investigativa", si nos remitimos a fs. 16 del expediente judicial tenemos la providencia del 08 de julio del 2021 que tiene por iniciado el presente proceso, en el tercer párrafo dice "el fiscal deberá presentar su respectivo escrito conclusivo en fecha 07 de diciembre del 2021", a fs. 42 tenemos el escrito conclusivo del Ministerio Público que ha sido presentado por sistema electrónico en fecha 30 de diciembre del 2021, la constancia se encuentra a fs. 46, con el registro electrónico que se ha hecho y por ende nos encontramos ante una acusación que fue presentada fuera de tiempo, así también acarrea su nulidad o básicamente su no presentación, si bien el Ministerio Público pidió seis meses, el art. 303 del Código Procesal Penal le da facultad al juez de fijar un tiempo razonable de acuerdo al tipo penal que es lo que establece la segunda parte de la norma de acuerdo a la naturaleza del hecho, el juzgado fijó el 07 de diciembre y la acusación se presentó el 30 de diciembre, una acusación extemporánea y por ende solicito se tenga la misma presentada de esa forma, una vez que se haga lugar a estos incidentes, especialmente respecto al primer incidente y al último incidente de la presentación extemporánea, solicito el sobreseimiento definitivo de mi representado en razón de no tener nosotros al día de hoy una acusación que fuese presentada dentro del plazo por violación del art. 347 del Código Procesal Penal, esos serían todos los incidentes por parte de esta defensa Señora Presidenta y Miembros del Tribunal...".-----

Al momento de contestar las incidencias planteadas la **Agente Fiscal Abg. Claudia Penayo**, manifestó cuanto sigue: "...**Con relación al incidente de nulidad de la indagatoria** por el motivo que manifiesta que no se le han descrito todas las



**PODER
JUDICIAL**

**Causa: "FERNANDO AHRIAN CANE
MORALES S/ ROBO AGRAVADO"
Identificación N° 1-1-2-16-2021-781.-----**

pruebas y todos los hechos, esto ya fue estudiado en la audiencia preliminar y ya se encuentra establecido, el Ministerio Público al realizar la indagatoria puso a disposición del acusado como también de la defensa que si mal no recuerdo era el mismo Dr. Fretes, y ya tuvo conocimiento pleno del hecho por el cual se le estaba haciendo al imputado y por lo tanto las pruebas que se tenían en ese momento, por lo cual este incidente carece de todo fundamento y debe ser rechazado, se ha dado cumplimiento pleno a lo que se establece para realizar una indagatoria, está la firma del Dr. avalando esta circunstancia. **El incidente de nulidad de acusación por falta de relato**, de la simple lectura que no es luego el momento, se va a hacer la lectura en el inicio del juicio o cuando la Fiscalía tenga que acusar está plenamente identificado el hecho y la conducta del señor Fernando Cane Morales en la participación de este hecho de robo agravado, en este hecho tuvieron participación tres personas y tenemos pleno conocimiento de la conducta del mismo en relación a este hecho, está bastante bien establecido el relato de los hechos bastante circunstanciado, entonces no existe ninguna violación al derecho de su cliente. **Ahora en cuanto a la exclusión probatoria**, nuevamente este hecho también en audiencia preliminar ya se estableció y ya se resolvió al respecto, el Ministerio Público como hecho investigativo recepcionó ese CD y ese CD también fue puesto a disposición del mismo desde el mismo momento de la declaración indagatoria, no existe ninguna violación a ningún derecho del acusado, tuvo pleno conocimiento del mismo, entonces a esta altura ya no puede requerir la exclusión de algo que también ya fue estudiado en el juzgado de garantías, también este incidente debe ser rechazado en su totalidad. En cuanto al acta de acusación quiero corroborar porque normalmente eso al subir al sistema si es que no está en plazo ya es remitido a Fiscalía Adjunta como para dar lugar a que ellos acusen, voy a mirar por favor el expediente. Bueno, **en relación al último planteamiento**, a fs. 42 de la carpeta judicial se encuentra la acusación presentada por el Ministerio Público en fecha 07 de diciembre del año 2021, está el sello de la recepción electrónica también S.S., entonces debería el Tribunal remitirse a ello para rechazar el incidente planteado, si podrían verificar por favor a fs. 42, es todo Señoría...". -----

EL HECHO ACUSADO: conforme a la relación fáctica plasmada en la acusación, los hechos por los cuales es acusado **Fernando Ahrian Cane Morales** se hallan graficados en los siguientes términos: "...El día 06 de julio de 2021, siendo las 20:00 horas aproximadamente, se encontraba al mando de un vehículo de la marca Toyota Modelo Runx color blanco sin chapa con chasis N° NZE1210316060, el Sr. Fernando Ahrian Cane Morales y al llegar a la intersección de las calles Dr. Garcete casi Isabel La Católica de Asunción, detuvo la marcha ocasión en que descendieron del referido vehículo los menores José Nicolás Samudio y Antonio Forcado Blanco, José Nicolás Samudio con arma blanca en mano intimó a la Sra. Rocío Mabel Giménez y la despojaron de su aparato celular marca Samsung modelo A10 doble chip, color azul para luego volver a subir al vehículo y darse a la fuga...". -----

CUESTIONES:

- 1- ¿Es competente este Tribunal Colegiado de Sentencia para entender y juzgar en esta causa y la procedencia de la acción penal?
- 2- ¿Corresponde o no hacer lugar a las incidencias planteadas por la defensa?

Abog. Benita Duarte Oimedo
Aguarita Juez

Abog. Luis Carlos Tancita
Juez Penal

ELIO RUBEN OVALAR FRUTOS
JUEZ PENAL DE SENTENCIA

Benita Luz Martínez Vázquez
Juez

Causa: "FERNANDO AHRIAN CANE
MORALES S/ ROBO AGRAVADO"
Identificación N° 1-1-2-16-2021-781.-----

A LA PRIMERA CUESTIÓN:

El Tribunal Colegiado de Sentencia se considera competente para entender en la presente causa, fundado en las disposiciones de los Arts. 15, 17, 41, 366 y concordantes del Código Procesal Penal y conforme a la Acordada N° 154 de fecha 21 de febrero de 2007, que reglamenta la Organización Transitoria del Fuero Penal, la Acordada N° 678 de fecha 15/02/2011, por la cual se modifica la Acordada N° 591/09 disponiendo la nueva conformación de los Tribunales de Sentencia; la Resolución N° 2955 del 15/02/2011 por la cual se dispone la nueva conformación de Tribunales de Sentencia Permanente de la Capital, todas estas dictadas por la Corte Suprema de Justicia; de las cuales se desprende la competencia material y territorial de este Tribunal Colegiado para entender en la presente causa, cuya designación fue realizada a través del sorteo informático de fecha 31 de marzo del año 2022 (fs. 37), llevado a cabo por el Juzgado Penal de Garantías N° 1 de esta Capital. El Tribunal ha sido conformado por la Juez María Luz Martínez Vázquez como Presidente, como Miembros Titulares los Jueces Elio Rubén Ovelar Frutos y Mesalina Inés Fernández Franco, en tanto que como Miembro Suplente resultó designado el Juez Darío Javier Báez Ferreira. Posteriormente a raíz de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia por Resolución N° 9758 de fecha 08 de noviembre del 2022 que designó a la Juez Mesalina Inés Fernández Franco para el juzgamiento exclusivo de causas de acción penal privada, la Presidente del Tribunal de Sentencia dispuso la conformación del Tribunal con el Miembro Suplente Juez Darío Javier Báez Ferreira, quien pasó a ser Miembro Titular y ordenó la realización de un nuevo sorteo para la designación de un Miembro Suplente, resultando desinsaculado el Juez David Federico Rojas Dos Santos, conforme acta de sorteo obrante a fs. 71 de autos. El Tribunal de Sentencia mencionado no ha sido impugnado, ni existiendo causal de inhabilitación por parte del mismo, se imprimió el trámite pertinente, tras lo cual queda ratificada la competencia material y territorial para entender en el Juzgamiento de la presente causa. -----

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

Este Tribunal se ha avocado al estudio de las incidencias planteadas por la defensa, tomando en consideración la argumentación esgrimida por las partes como así también las constancias de autos. En ese sentido en cuanto al primer incidente planteado de nulidad del acta de declaración indagatoria por violación de las disposiciones del art. 86 del C.P.P, de la simple lectura del acta de declaración indagatoria del procesado que obra a fs. 09 del expediente judicial, nos da cuenta de que se ha transcripto en la misma la relación de hechos con la explicación específica del rol que le tocó en tal oportunidad en la realización del hecho, que es la de haber sido conductor del vehículo marca Toyota, modelo Runx de color blanco, sin chapa, con número NZE1210316060, que fue utilizado para llevar a cabo el asalto, además de todo consta que se le han hecho saber sus derechos procesales contenidos en los artículos 86, 87 y 97 del Código Procesal Penal, todo ello avalado por su entonces defensa técnica, representada por el Defensor Público Luis Osmar Fretes Giménez, cuya firma obra al pie del acta junto



**PODER
JUDICIAL**

**Causa: "FERNANDO AHRIAN CANE
MORALES S/ ROBO AGRAVADO"
Identificación N° 1-1-2-16-2021-781.-----**

a la de su defendido y a la de la Agente Fiscal interviniente, por lo que este Tribunal no encuentra ninguna violación a derechos procesales mínimos y considera que corresponde no hacer lugar al incidente planteado.-----

En relación al segundo incidente de nulidad del acta de acusación por violación del numeral 2° del art. 347 del Código Procesal Penal, en igual sentido de la constancia del escrito de acusación obrante a fs. 42 al 46 del expediente judicial, se puede leer en el apartado RELATO DE HECHOS, una relación precisa y circunstanciada como lo exige el Código de Forma, explicando cómo sucedieron los hechos, en qué día y hora en específico, en que zona, y quienes fueron las personas involucradas con la acción que a cada uno tocó realizar en ese momento y los elementos de prueba que el Ministerio Público logró coleccionar a efectos de poder sustentar la acusación en el momento procesal oportuno, tampoco nota, por ende, este Tribunal, violación alguna en tal sentido y resuelve no hacer lugar al incidente planteado.-----

Pasamos en ese orden al estudio del tercer incidente planteado, el de exclusión probatoria del CD con grabación de circuito cerrado, como bien lo ha fundamentado la Agente Fiscal interviniente, la obtención de dicha filmación de circuito cerrado se ha producido como acto investigativo dentro de las funciones que competen al Ministerio Público, y el mencionado CD estuvo siempre a disposición de la defensa a los efectos correspondientes, pudiendo haber solicitado la realización de copia del mismo, no existiendo ningún secreto ni restricción al respecto, nuevamente respetando los derechos procesales del hoy acusado, por lo que a criterio de este Tribunal corresponde no hacer lugar al incidente planteado en tal sentido.-----

Ahora bien, en relación al último incidente planteado, de nulidad de la acusación por presentación extemporánea, este Tribunal ha examinado detenidamente las constancias de autos, encontrando que a fs. 16 del expediente judicial obra la providencia de fecha 08 de julio del año 2021, firmada por la Juez Penal de Garantías N° 1, Abg. Clara Ruíz Díaz Parris, en la que, amén de tener por recibida el acta de imputación, se señala como fecha de presentación del requerimiento conclusivo por parte del Ministerio Público el día 07 de diciembre del 2021.- Avanzando en las actuaciones producidas, nuevamente nos remontamos al escrito de presentación de la acusación en la presente causa, ya mencionado líneas arriba, que obra a fs. 42 a 46 de autos, y notamos que si bien a fs. 45 y vlto. obra el número de acusación que es el 20/2021 y una fecha que es la de fecha 07 de diciembre del 2021, firmada por la Agente Fiscal Claudia Penayo, y a fs. 46 obra el sello de cargo del documento presentado electrónicamente, conforme el protocolo de tramitación electrónica de la Corte Suprema de Justicia, quedando certificada su recepción de conformidad a la Ley N° 4017/2010 y modificatoria.-----

Abogada
Escrita Duarte Olmedo
Asesora Jueza

Es en este sello de cargo de presentación electrónica, que encontramos que es de fecha 30 de diciembre del 2021 a las 09:41:13, con la misma fecha de registro electrónico, solo con diferencia de horario en cuanto a los segundos, a las 09:41:04, con lo que se corrobora que por alguna omisión no realizada de manera

Abg. Darío Biza Fariña
JUEZ PENAL

JUEZ PENAL DE GARANTÍAS
JUEZ PENAL DE SENTENCIA

Maria Luz Martinez Vazquez
JUEZ

Causa: "FERNANDO AHRIAN CANE MORALES S/ ROBO AGRAVADO"
Identificación N° 1-1-2-16-2021-781.-----

voluntaria, por el recargo quizá de la fecha misma, la presentación de la acusación fue realizada de forma totalmente extemporánea, 23 días después de la fecha señalada por el Juzgado para ello, siendo claro el art. 303 del Código Procesal Penal en tal sentido, que refiere en lo pertinente: *"...En la notificación el Juez indicará además, la fecha exacta en la que el fiscal deberá presentar su acusación, dentro del plazo máximo previsto para la etapa preparatoria; considerando un tiempo prudencial en base a la naturaleza del hecho..."*-----

Así las cosas, este Colegiado encuentra que sí en este punto específico se ha producido una violación del artículo precedente, al no haber presentado el Ministerio Público su requerimiento conclusivo dentro del plazo establecido para ello por el Juzgado de Garantías interviniente en ese momento, por lo que corresponde hacer lugar al incidente de nulidad del acta de acusación por presentación extemporánea planteado por la defensa en la presente causa.-----

En consecuencia, en atención a como ha sido resuelta la última cuestión, que acarrea la nulidad de todo lo actuado, corresponde disponer el sobreseimiento definitivo del señor Fernando Ahrian Cane Morales en la presente causa, específicamente en lo que hace relación a este hecho en sí, sin perjuicio de otras causas en las que haya sido imputado o acusado.-----

En cuanto a la imposición de costas, atendiendo a que el Ministerio Público ha instado la acción en cumplimiento de sus obligaciones en tal sentido, no existiendo temeridad alguna, las mismas se imponen en el orden causado.-----

POR TANTO, y atento a las cuestiones precedentemente tratadas, este Tribunal Colegiado de Sentencia, en nombre de la República del Paraguay;-----

RESUELVE:

1) **DECLARAR** la competencia del Tribunal Colegiado de Sentencia presidido por la Juez María Luz Martínez Vázquez, e integrado por los Jueces Elio Rubén Ovelar Frutos y Darío Javier Báez Ferreira como Miembros Titulares, para entender en el presente juicio y la procedencia de la acción penal.-----

2) **HACER LUGAR** al incidente de nulidad del acta de acusación por presentación extemporánea, planteado en estos autos por el Defensor Público Abg. Francisco Antonio Acevedo Morel, en representación del acusado FERNANDO AHRIAN CANE MORALES, conforme a lo expuesto en el exordio de la presente resolución.-----

3) **SOBRESEER DEFINITIVAMENTE** a FERNANDO AHRIAN CANE MORALES, sin apodo ni sobrenombre, paraguayo, soltero, 20 años de edad, con C.I N° 6.012.461, nacido en fecha 27 de marzo de 2003, domiciliado en Estados Unidos y Florencio Villamayor del Barrio Ricardo Brugada de Asunción, hijo de la señora Liliana Morales y del señor Carlos Campos, por el supuesto hecho punible de Robo Agravado, con expresa constancia de que la presente causa no afecta su buen nombre y honor, sin perjuicio de otras causas en



Abog. Benito Duarte Olmedo
Ac. Gerente Judicial

Abog. Darío Báez Ferreira
Juez Penal

ELIO RUBÉN OVELAR FRUTOS
JUEZ PENAL DE SENTENCIA

María Luz Martínez Vázquez
JUEZ



**PODER
JUDICIAL**

**Causa: "FERNANDO AHRIAN CANE
MORALES S/ ROBO AGRAVADO"
Identificación N° 1-1-2-16-2021-781.-----**

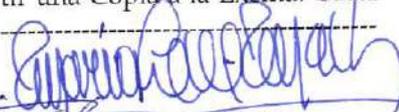
las que el mismo se encontrare procesado.-----

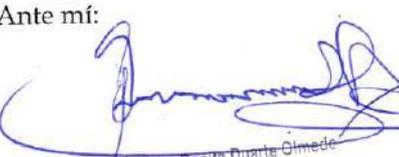
4) IMPONER las costas en el orden causado.-----

5) Una vez firme y ejecutoriada la presente resolución REMITIR oficio a la Comandancia de la Policía Nacional, a la Sección Antecedentes Penales de la Corte Suprema de Justicia y al Tribunal Superior de Justicia Electoral.-----

6) ANOTAR, registrar, notificar y remitir una Copia a la Excm. Corte Suprema de Justicia.-----

Ante mí:


María Luz Martínez Vázquez
Juez


Abog. Benita Duarte Olmedo
Abogado Judicial


ELÍO RUBÉN OVELAR FRUTOS
JUEZ PENAL DE SENTENCIA


Abog. Darío Páez Ferreira
Juez Penal





PARÁMETRO	CONTENIDO
País	República Oriental del Uruguay
Materia	Acceso a la información pública. Función del defensor público penal.
Derechos involucrados	Acceso a la información pública.
Breve relación de los hechos	<p>La sentencia 120/22 del JL Tacuarembó de 3 Turno (confirmada por sentencia 4/23 del TAC 2 T), ampara la demanda de acceso a la información pública y condena al Ministerio del Interior a brindar la información que solicita un Defensor Público a los efectos de que pueda ejercer su función. La información solicitada giraba en torno a 4 ejes temáticos: 1) controles de identidad; 2) registros personales y de vehículos; 3) detenciones y conducciones; 4) uso de cámaras corporales en los distintos procedimientos. El Ministerio del Interior se negaba a dar dicha información por considerarla reservada.</p> <p>Ambas sentencias consideran el acceso a la información pública como un derecho humano fundamental, más aún en este caso que se trataba de un defensor público el que la solicitaba. Es trascendental estos conceptos: <i>"Los abogados son, ., uno de los pilares en que se basan los derechos humanos y el estado de derecho. Los abogados desempeñan una función fundamental en la protección de los derechos humanos y en garantizar que se respete el derecho a un juicio justo al defender a los acusados ante el tribunal? y, sobre el derecho a la libertad de expresión, cuyo presupuesto de regencia es el derecho a la información, ?El principio 23 de los Principios básicos de Naciones Unidas sobre la función de los abogados establece éstas libertades en términos claros: ?Los abogados, como los demás ciudadanos, tienen derecho a la libertad de expresión, creencias, asociación y reunión.</i></p> <p><i>En particular tendrán derecho a participar en el debate público de asuntos relativos a la legislación, la administración de justicia y la promoción y la protección de los derecho humanos, así como a unirse o participar en organizaciones locales, nacionales o internacionales y asistir a sus reuniones, sin sufrir restricciones profesionales a raíz de sus actividades lícitas o de su carácter de miembro de una organización lícita...?.- Por ende, resulta palmario que la información cuya exhibición y entrega se pretende en infolios concierne a la órbita jurídica del promotor en cuanto atañe al desempeño leal, racional y crítico de la defensa pública y, asimismo, propende un rol proactivo de la defensa pública que trascienda la ya ineludible defensa en juicio a la crítica racional y democrática del sistema de persecución criminal desenvuelto por el inciso accionado, dando pábulo a la conclusión de su inscripción en una situación jurídica subjetiva de interés legítimo."</i></p> <p>En Uruguay no había pronunciamientos respecto a la relevancia de la función del defensor público penal.</p>



C. N° 2211/2022



REPUBLICA ORIENTAL
DEL URUGUAY
PODER JUDICIAL

Jdo.Ldo.Tacuarembó 3° T°

DIRECCIÓN 25 de Agosto 249 esq. Gral. Flores

CEDULÓN

GAMBA JOAQUIN

Tacuarembó, 27 de diciembre de 2022

En autos caratulados:

DR. GAMBA, JOAQUIN C/A MINISTERIO DEL INTERIOR ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA - ART.22 DE LA LEY 18.381 CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Ficha 397-526/2022

Tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. la providencia que a continuación se transcribe:

SENTENCIA DEFINITIVA N.º 120/2022 Tacuarembó, 27 de Diciembre de 2022.- Vistos.- Para sentencia definitiva de primera instancia, éstos autos seguidos por ?Dr. Joaquín Gamba c/ Ministerio del Interior?, identificados con IUE 397-526/2022.- Resultando.- I.- Con fecha 16 Diciembre 2022 de fs. 1 a 8 vto, compareció el Dr. Joaquín Gamba, instaurando pretensión de acceso a la información pública contra el Ministerio del Interior.- En prieta síntesis, adujo que es defensor público en la ciudad de Tacuarembó y en razón de la referida investidura y bajo el amparo del artículo 22, Ley No. 18.381, peticona al órgano jurisdiccional que condene al Ministerio del Interior el suministro de la siguiente información bajo resguardo del accionado: 1.1, controles de identidad regulados por el artículo 43, Ley No. 18.315: se informe si se encuentra almacenado en algún soporte los controles de identidad verificados en los tres supuestos contemplados en el art. 43, eiusdem, ésto es: cuando la persona tiene la documentación consigo; cuando la persona no tiene la documentación consigo; conducciones de ciudadanos que manifestaron su negativa a identificarse ante la autoridad policial interviniente.- 1.2, en caso de contar con el almacenamiento de la información premencionada, solicita se le informe: cuantos procedimientos policiales se verificaron al respecto en cada uno de los supuestos contemplados en la ley precitada; y en cuántos procedimientos de identificación efectuados se constató la identidad de personas requeridas por la autoridad jurisdiccional.- 1.3, en caso de no contar con la información reseñada: solicita se le informe si el inciso demandado cuenta con algún otro tipo de registro acerca de los controles historiados y, en dicho caso, se sirva informar de que naturaleza son y el detalle de los controles de identidad efectuados.- 1.4, se informe por el accionado si existe algún protocolo policial para realizar controles de identidad y, en su caso, se sirva aportar copia de los mismos.- 1.5, se informe la capacitación de los agentes policiales para verificar los controles de identidad previstos en la ley y si la referida capacitación se encuentra documentada en algún manual o cualesquier otro documento, agregando copia si lo hubiere.- 2, informe sobre registros personales y de vehículos.- 2.1, solicita que el demandado le informe: si se registran en algún soporte de almacenamiento los procedimientos policiales en los que se llevaran a cabo registros personales y de vehículos y, en caso afirmativo, cuantos procedimientos de dicha naturaleza se desplegaron a nivel nacional y respecto de cuántos sujetos indagados se inició un proceso penal en el que fuere dispuesta la formalización de la investigación fiscal en mérito al resultado



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

CVE: 110170153EFCBF32531C



del registro personal o vehicular.- 2.2, solicita se le informe si se cuenta con protocolo de actuación procedimental policial para los registros mentados.- 2.3, qué clase de capacitaciones emprendieron los funcionarios policiales para la verificación de los procedimientos de registro personal y vehicular, y si dicha capacitación se efectúa bajo la égida de un manual o cualesquier otro documento, solicitando el suministro de la copia de los mismos.- 3, peticona se le informe sobre detenciones y conducciones cumplidas al socaire de lo preceptuado por los arts. 15, Constitución de la República; 219 y 220, Código del Proceso Penal; 47 a 49 y 51, Ley No. 18.315.- 3.1, solicita que se le informe ?...respecto a las personas...? detenidas por orden jurisdiccional, en supuestos de flagrancia delictual y conducidas a seccionales policiales a tenor de lo dispuesto por el art. 48, Ley No. 18.315.- 3.2, conforme con la documentación que deberá llevarse sobre las detenciones y conducciones de ciudadanos (art. 52, Ley No. 18.315) solicita se le aporte ?...copia de los formularios que se completan con dichos requisitos en cada departamento del interior y en las zonas operacionales de la ciudad de Montevideo? (fs. 5).- 3.3, se le informe sobre el procedimiento de lectura de derechos a los imputados detenidos o conducidos a las seccionales policiales.- 4, informe sobre cámaras corporales.- 4.1, peticona la información atinente a cuántas cámaras corporales tiene operativas el Ministerio del Interior en todo el país, y ?...la trazabilidad...? (fs. 5 vto) de dichas filmaciones (si pueden ser editadas, si queda algún registro sobre el usuario que tuvo acceso a las mismas así como también si fue descargada en alguna unidad policial).- 4.2, se le informe sobre si existe algún protocolo para el uso de éstas y, en ese caso, se sirva adjuntar copia del mismo y, en caso de que no se haya resuelto algún protocolo para el manejo de las cámaras corporales, informe acerca de qué criterios se emplean para el uso de las mismas en los procedimientos policiales de controles de identidad, registro, conducciones y detenciones.- Y, por último, peticona que el demandado le informe si se filman interrogatorios policiales a ciudadanos que fueron conducidos o detenidos a tenor de lo prevenido por el art. 61, Código del Proceso Penal.- Acto seguido, arguye con fecha 14 Noviembre 2022 compareció ante la autoridad demandada incoando el procedimiento administrativo al socaire de lo dispuesto por el art. 13, Ley No. 18.381, y a la fecha no habiéndose decretado prórroga alguna y tampoco mediando respuesta de la autoridad requerida, es que comparece instaurando la pretensión subjudice habilitado por el art. 23 inciso 1o, ejusdem.- Por último, ofrece sendos medios probatorios documentales, funda el Derecho positivo que entiende asistirle en la movilización de la pretensión de acceso a la información pública y, en definitiva, solicita que el órgano jurisdiccional ?...haga lugar a la acción de acceso a la información pública, condenando al Ministerio del Interior a que, en el plazo de 10 días otorgue la información solicitada el día 14 de noviembre de 2022 adjuntada con la presente demanda y que se detalla en el Capítulo I del presente escrito, bajo la imposición de aplicación de astreintes por cada día de incumplimiento? (vide petitorio 2o, fs. 8 vto).- II.- Por providencia No. 4793/2022 de fecha 16 Diciembre 2022 (fs. 10), se convocó a los contendientes a audiencia de precepto a celebrarse con fecha 21 Diciembre 2022 a la hora 12.30, a tenor de lo edictado por el art. 26, Ley No. 18.381, ordenando, en el mismo acto, su notificación personal, la que fuera cumplida conforme los recaudos obrantes de fs. 11 y 12 de autos, con fecha 16 Diciembre 2022.- No en balde, de fs. 13 a 25 de infolios luce Oficio No. 1379/2022/CAPM cursado por la Jefatura de Policía de Tacuarembó por intermedio de su jerarca Comisario General John R. Saravia informa que ?...las Circulares de la Suprema Corte de Justicia Nos. 87/2016 de 30/06/2016 y 90/16 de 07/07/2016, señalan que las notificaciones y/o emplazamientos deben cumplirse en el domicilio del Ministerio del Interior, fijado en Mercedes 993 de la ciudad de Montevideo, donde se encuentra radicado el Departamento Contencioso Central.? (fs. 25).- Ante lo cual, por providencia No. 4838/2022 de fecha 22 Diciembre 2022 (fs. 26) se prorrogó la audiencia señalada infolios para la fecha 26 Diciembre 2022 a la hora 09.00, disponiendo su notificación al promotor y al demandado en sus domicilios de la ciudad de



Tacuarembó y en el de la ciudad de Montevideo, éste es, calle Mercedes 993, lo que fue debidamente cumplido conforme los recaudos lucientes de fs. 27 a 35 de obrados.- III.- En la fecha señalada se celebró la audiencia preceptuada en el art. 26, eiusdem, a la que comparecieron en legal forma la parte promotora y el inciso accionado por intermedio de su letrado apoderado Dr. Gustavo Gadola, conforme poder para pleitos ex art. 39, Código General del Proceso, debidamente acreditado con antelación ante ésta Sede.- Principiado el acto jurídico procesal referenciado el pretensor ratificó la demanda instaurada y, acto seguido, el demandado controvertió derechamente la pretensión incoada (fs. 47 a 49 de autos) conforme los términos que, brevitatis causae, se reseñarán: a su juicio la información cuya exhibición el demandante requiere reviste la naturaleza de confidencial en virtud del imperativo reglamentario, dictado al amparo de lo edictado por el art. 10, Ley No. 18.381 y 18.331 de protección de datos personales, de fecha 20 Julio 2012, 25 Julio 2012, 30 Julio 2012 y, por resolución ministerial de fecha 22 Diciembre 2022 ?...el Ministerio del Interior en base a la normativa antes mencionada resolvió no hacer lugar a la entrega de la información requerida por el accionante en virtud de revestir carácter de reservado?; a la postre y por añadidura al fundamento normativo reglamentario historiado, la exhibición de la información requerida transgrede los arts. 8 y 9, eiusdem, al comprometer la seguridad pública.- A posteriori, el Decisor ex officio dispuso el interrogatorio ad clarificandum sobre los extremos peticionados por el pretensor en su libelo introductorio en lo tocante al numeral 3.3.1 a fs. 5 de obrados sobre la frase que reza ?...aportar la información respecto a las personas...?, evacuándolo la parte demandante conforme el siguiente tenor: ?La parte demandante aclara que la totalidad de la información peticionada es de naturaleza cuantitativa y no cualitativa, y respecto específicamente al punto mencionado por la Sede no alude a los datos patronímicos de los sujetos individualizados en los literales A), B) y C), sino que alude a números de personas detenidas por orden judicial, el flagrancia y conducidas al tenor de lo prescrito por el art. 48 de la ley 18.315?.- Abierto el contradictorio al respecto con la parte accionada, manifestó que ?...la aclaración es importante a los efectos del juicio no obstante existe una resolución ministerial del 22/12/2022 dictada por el Sr. Ministro del Interior respecto a la solicitud de acceso a la información objeto de éste proceso, a la cual se clasifica como reservado, no teniendo el letrado patrocinante en éste acto otro mandato al respecto, por lo tanto ratifica la contestación de la demanda? (fs. 50).- Por providencia No. 4880/2022 (fs. 50 y 51) se circunscribió el objeto del proceso y de la prueba conforme al siguiente tenor: ?...dilucidar la fundabilidad de la pretensión instaurada y, en su mérito, si corresponde disponer la condena al acceso coactivo de la información historiada en los num. 1 a 4 del escrito introductorio (fs. 4 vto a 5 vto), teniendo presente la controversia desatada por el inciso accionado? y, a renglón seguido, se calificó los medios de prueba propuestos por los contendores autorizando la incorporación del documento de fs. 1 introducido por el demandante y los aportados por el demandado de fs. 36 a 46 de obrados, pese a que, como consta en la resolución, los documentos referenciados conforman el soporte argumentativo jurídico de la contestación de demanda, no constituyendo propiamente medios de prueba en tanto no se enderezan a acreditar un hecho controvertido, ingresando al proceso, por ende, bajo el padrinazgo de los arts. 130 y 132, Cód. Gral. del Proc.- Posteriormente, alegaron las partes por su orden (art. 26 inc. 2, ejusdem) y, por providencia No. 4882/2022 a fs. 53, se convocó a los litigantes a audiencia de lectura de sentencia definitiva con sus fundamentos a celebrarse el día de la fecha a la hora 12.00, al socaire de lo prevenido por los arts. 26 inc. 4 y 28, ejusdem.- Considerando.- I.- El Juzgado, culminadas las estaciones rituales de cognición y debate contradictorio, irá a amparar la pretensión de acceso a la información pública reseñada de fs. 4 vto a 5 vto del libelo actoral condenando a la demandada a su exhibición y entrega en los términos edictados en el art. 17, ejusdem, en un plazo perentorio de diez días, bajo apercibimiento de imposición de astreintes



diarias a fijarse en la estación procesal oportuna (arts. 371, 374.1 y 377 numeral 1o, Cód. Gral. del Proceso), conforme los siguientes argumentos fácticos y jurídicos sobre los que, acto seguido, se discurrirá.- II.- En punto a la legitimación sustancial activa invocada por el promotor, pese a no ser un presupuesto de fundabilidad de la pretensión incoada en el sentido de presupuesto para la obtención de una sentencia favorable al temperamento encauzado, constituye un presupuesto material para el ingreso al mérito de la cuestión litigiosa aunque no se hubiere desatado controversia al respecto.- De consiguiente, mal puede el Juzgador justipreciar la juridicidad de la pretensión ventilada en el sublite si no examina, previamente la ?...efectiva pertenencia de la situación sustancial (o relación jurídica sustancial, en el lenguaje corriente) al sujeto que se la atribuye, o a quien se asume como titular.?(Cfme. Barrios De Ángelis, Dante. ?Teoría del proceso?. Ed. Depalma. Buenos Aires 1979. Páginas 131 a 132).- Sobre la cuestión, prima facie, cabe relevar dos tesis que ilustran las razones de la admisión de la legitimación sustancial activa invocada por el promotor en el subjudice.- Conforme con la primera, pregonada por el Prof. Flores Dapkevicius, ?La legitimación activa corresponde, a toda persona que la acredite, fehacientemente, por poseer un interés legítimo en sentido amplio, y tiene por objeto garantizar el pleno acceso a las informaciones de su interés?, situación jurídica subjetiva que se encuentra preordenada por el art. 22, ejusdem, en cuanto preceptúa que ?Toda persona tendrá derecho a entablar una acción judicial efectiva que garantice el pleno acceso a las informaciones de su interés ...?.- La situación jurídica subjetiva de interés legítimo fue diáfana conceptualmente por el Prof. Durán Martínez en contraposición con el derecho subjetivo; así, escribió que ?...la clave para la distinción radica en la finalidad de la protección. El derecho subjetivo es tutelado en atención directa al sujeto titular del mismo, y solo indirectamente en función del interés público. El interés legítimo es tutelado en atención directa al interés público y sólo indirectamente en función del particular eventualmente comprendido. Es decir, la protección de ese interés particular constituye un efecto reflejo de la protección del interés general. Por eso también en estos casos se habla de ?derecho reflejo?. Naturalmente que si ese ?reflejo? no llega a una determinada esfera subjetiva no existe allí un interés legítimo sino simple. Por ejemplo, una norma que establezca el principio de que toda contratación de obra pública debe efectuarse previa licitación pública tutela directamente el interés general: el procurar que la Administración seleccione la mejor oferta-. Pero indirectamente tutela el interés de todos los empresarios de obras públicas a un poder participar del llamado. O sea, esos empresarios de obras públicas tienen un interés legítimo a que se efectúe la licitación. En cambio, un ciudadano cualquiera que no tenga una empresa de obras públicas a lo sumo tiene un interés simple a que se cumpla el Derecho objetivo?.- A diferencia del mero interés o interés simple, respecto del cual el temperamento transcrito no le adjudica legitimatio ad substantiam activa, el cumplimiento de las normas de acción (normas que han sido dictadas para garantizar una utilidad pública) por la Administración afecta de modo particular la órbita del particular en relación a otros, por ello se denomina interés calificado o interés legítimo (Cfme. Durán Martínez, Augusto. ?Contencioso administrativo?. Ed. FCU. 2º Ed. Montevideo 2015. Págs. 104 y 105).- Situar la legitimación sustancial activa en la pertenencia de un interés legítimo supone, indiscutiblemente, cumplir con los convenios internacionales a los que el Estado Uruguayo se adhirió como son los arts. 19, Declaración Universal de Derechos Humanos, 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, IV, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 13.1, Convención Americana de Derechos Humanos (ratificada e incorporada al Derecho positivo doméstico por el art. 15, Ley No. 15.737; vide fallo ?Claude Reyes vs Chile de 19 Setiembre 2006), desde que ubica en una gradación inferior la titularidad de los intereses específicos de la relación jurídica sustancial, por debajo de la titularidad de un derecho subjetivo que ineludiblemente acotaría el derecho de acción (principio pro actione), haciendo honor a la tutela de los derechos humanos



fundamentales de acceso a la información pública al atemperar la exigencia para la promoción de la litis y obtener la cognición jurisdiccional sobre el fondo de la misma, radicando en éste punto in concreto la amplitud del criterio de apreciación de legitimación sustancial activa.- De semejante amplitud hizo gala la Corporación en sentencia No. 405/2022 de fecha 24 Mayo 2022, en términos enteramente trasladables mutatis mutandis al soporte conceptual jurídico en el que afincan el presente decisorio: ¿El análisis del caso sometido a decisión debe partir de la consideración del derecho al acceso a la información pública como un derecho fundamental (art. 1° de la Ley No. 18.381), reconocido constitucionalmente y en los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos regionales e internacionales (?). La amplitud del derecho reconocido, se refleja en el plano de la legitimación o interés para reclamar la información pública, puesto que el art. 3 de la Ley No. 18.381 establece que el derecho en cuestión ¿se ejerce sin necesidad de justificar las razones por las que se solicita la información?.- Con ello, la Corporación enlaza el derecho fundamental de acceso a la información pública, inclusive como desprendido de la forma Republicana de Gobierno (art. 72, Constitución de la República) al apostar a la transparencia de la gestión de la Administración Pública que ambienta la discusión ciudadana conforme a razones como presupuestos indispensables de la democracia deliberativa y, con ello, la construcción de civilidad, con la legitimación sustancial activa.- En el subexamine, la justificación de la legitimación sustancial arguida por el promotor si bien emerge lacónicamente del capítulo I del escrito introductorio, no deja de ser sustancial la afirmación allí contenida ¿...teniendo presente además su función pública...? (fs. 4).- Resulta por entero indiscutible que la legitimación activa del pretensor se apoya en el ejercicio de la defensa pública que, prescindiendo de la eximente legal edictada en el art. 3, eiusdem, de justificar las razones por las que se solicita la información, atañe a su órbita funcional el apego a la legalidad y contralor de la autoridad policial.- En efecto, la información requerida al inciso accionado versa sobre la gestión de la seguridad pública en tanto que cometido esencial del Estado que, indefectiblemente, colisiona con los derechos humanos fundamentales de los ciudadanos a los que el promotor está llamado a asistir tanto en juicio como, previamente, en la indagatoria preliminar al proceso penal.- Asimismo, la obtención de la información requerida por el promotor permite una adecuada y fundada defensa en juicio, así como también propender a la crítica racional sobre el funcionamiento de la gestión de la seguridad pública, cometido atribuido al Ministerio del Interior demandado en autos.- Como se hizo constar en los ¿Principios internacionales sobre la independencia y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales? (Cfme. Comisión Internacional de Juristas. Serie Guías para profesionales No. 1. Ginebra. Suiza. 2005. Pág. 67 y 72 ss) ¿Los abogados son, ¿?, uno de los pilares en que se basan los derechos humanos y el estado de derecho. Los abogados desempeñan una función fundamental en la protección de los derechos humanos y en garantizar que se respete el derecho a un juicio justo al defender a los acusados ante el tribunal? y, sobre el derecho a la libertad de expresión, cuyo presupuesto de regencia es el derecho a la información, ¿El principio 23 de los Principios básicos de Naciones Unidas sobre la función de los abogados establece éstas libertades en términos claros: ¿Los abogados, como los demás ciudadanos, tienen derecho a la libertad de expresión, creencias, asociación y reunión. En particular tendrán derecho a participar en el debate público de asuntos relativos a la legislación, la administración de justicia y la promoción y la protección de los derechos humanos, así como a unirse o participar en organizaciones locales, nacionales o internacionales y asistir a sus reuniones, sin sufrir restricciones profesionales a raíz de sus actividades lícitas o de su carácter de miembro de una organización lícita...?.- Por ende, resulta palmario que la información cuya exhibición y entrega se pretende en infolios concierne a la órbita jurídica del promotor en cuanto atañe al desempeño leal, racional y crítico de la defensa pública y, asimismo, propende un rol proactivo de la defensa pública que trascienda la ya



ineludible defensa en juicio a la crítica racional y democrática del sistema de persecución criminal desenvuelto por el inciso accionado, dando pábulo a la conclusión de su inscripción en una situación jurídica subjetiva de interés legítimo.- III.- Sin perjuicio del vencimiento del término legalmente conferido a la Administración demandada para evacuar el petitorio administrativo de acceso a la información pública, por cuanto a tenor de lo prevenido por el art. 18, eiusdem, cuenta con veinte días corridos para expedirse mediante resolución motivada del jerarca del organismo, no constando en obrados prórroga alguna que fuera dispuesta, siendo que el promotor compareció ante la Administración con fecha 14 Noviembre 2022 (vide nota de cargo estampada a fs. 3) venciendo el término con fecha 5 Diciembre 2022 y datando la resolución del jerarca del inciso accionado el 22 Diciembre 2022 (vide fs. 43 a 46 de folios); a juicio del Decisor el órgano jurisdiccional no ha de acotarse a la homologación sic et simpliciter del petitorio, debiendo ceñirse, a la postre, al control de juridicidad tanto del presupuesto material para el pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión litigiosa como sobre el mérito de la pretensión incoada, teniendo presente la controversia desatada por el agonista.- En efecto, como enseña el Prof. Flores Dapkevicius "Vencido el plazo de veinte días hábiles desde la presentación de la solicitud, si no ha mediado prórroga, o vencida la misma, sin que exista resolución expresa, notificada al interesado, éste podrá acceder a la información respectiva, considerándose falta, grave, la negativa de cualquier funcionario a proveérsela, de conformidad con las previsiones de la Ley No. 17.060. Refiere a la ley anticorrupción. Se establece un efecto positivo del silencio, respecto de la petición, por ley. Ello es, una grosera inconstitucionalidad, respecto del Art. 318 de la Constitución Vigente de la República de 1967. El juez, en el proceso respectivo, luego de producido el "efecto positivo del silencio" puede, y debe, observar la pertinencia de la entrega de la información relacionando, la acción de acceso a la información pública, con la acción de habeas data. El juez no es un simple homologador de tal efecto de silencio ya que debe observar, por ejemplo, si el dato solicitado, es sensible?.- Por ende, el vencimiento del término prevenido en el art. 18, eiusdem, no oblitera el contralor jurisdiccional del mérito de la cuestión litigiosa ventilada en autos puesto que, de lo contrario, el órgano judicial deberá en todos los supuestos idénticos homologar el petitorio de cualesquier compareciente, independientemente de la recta calificación jurídica, circunstancia por entero inadmisibles a estarse a lo consignado por el art. 25.1, Cód. Gral. del Proceso.- IV.- Allanado el tracto para el ingreso a la merita causae de la relación jurídica sustancial ventilada en el sublite, es menester atenerse al soporte conceptual jurídico delineado por la Corporación en la sentencia precitada (No. 405/2022): "...cabe partir de la base de que la solución de principio en materia de acceso a la información pública, es la más amplia publicidad y difusión de la información de interés público, de manera que las excepciones legalmente previstas (?), son de interpretación estricta (?) y debe estar adecuadamente motivada. Así lo dejó consignado, por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, en sentencia No. 144/2020 (remitiéndose a anteriores pronunciamientos de la misma Sala, sentencia No. 155/2015 y sentencia No. 226/2019): "En tal sentido es dable recordar que el acceso a la información en poder del Estado se rige por los principios de máxima divulgación, publicidad y transparencia. Estos principios llevan aparejada la obligación estatal de producir información, conservarla y ponerle oficiosamente a disposición del público interesado, cuando no se den ninguno de los supuestos previstos en el art. 8 de la Ley No. 18.381 (reservada, confidencial) que determinan su exclusión. Las limitaciones al acceso a la información deben ser interpretadas de manera restrictiva y debe estar adecuadamente motivadas. En ese orden es claro que no basta con aducir un motivo sino que éste debe existir realmente de acuerdo a la ley, debiendo la Administración detallar específicamente los motivos y fundamentos legales que la llevan a rechazar el pedido de información realizado?.- Prohijando la premisa hermenéutica contorneada, la lectura de la plataforma fáctica allegada a folios debe ser presidida por la



misma, máxime cuando el art. 9 inciso 2o, Ley No. 18.381, coloca a la Administración Pública en la situación jurídica subjetiva de deber jurídico a que ?La clasificación de la información reservada deberá realizarse por el sujeto obligado en el momento en que ésta se genere, obtenga o modifique, mediante resolución debidamente fundada y motivada, en la que se demuestre la existencia de elementos objetivos que permitan determinar que la divulgación de la misma genera un riesgo claro, probable y específico de daño al interés público protegido, de acuerdo con las excepciones referidas en el presente artículo?.- En el subjuicio, la batería defensiva desplegada por el inciso accionado es de franco rechazo y ello desde que, en primer término, hace reposar la denegatoria de la petición de acceso a la información pública, acceso permitido de regla por el legislador al socaire del art. 2, ejusdem, en sendas resoluciones ministeriales agotándose su temperamento en la enumeración de las mismas (As. Nro. 7531/2012 de fecha 20 Jul 2012, fs. 38 y 38 vto; As. Nro. 7789/2012, de fecha 25 Jul 2012, fs. 39 y 40; y As. Nro. 7988/2012 de fecha 30 Jul 2012, fs. 41 y 42) sin aprestarse siquiera a la recta calificación jurídica de la información peticionada por el promotor en los términos del art. 9, Ley No. 18.381, pese a centrar su embate crítico de la tesis actoral en el dispositivo legal precitado, dispositivo legal que, a la postre, sirvió de sustento a la Administración que pronunció las resoluciones historiadas como a la que pronunció la resolución ministerial de fecha 22 Dic 2022 (expediente No. 2022-4-21-0004285, vide fs. 43 a 46 de autos).- Ello apareja que, en segundo término, los déficit de motivación de los decisorios reglamentarios se traslade al temperamento asumido por el demandado en autos, y ello se vislumbra una vez que del considerando III de la resolución de fecha 22 Diciembre 2022, así como también del IV al VII, la demostración de la existencia de elementos objetivos que permitan determinar que la divulgación de la misma genera un riesgo claro, probable y específico de daño al interés público protegido brille por su ausencia.- Adviértase que el jerarca del inciso accionado siquiera se aprestó a considerar si las informaciones concernientes a la existencia de un soporte de almacenamiento en el que se registren los controles de identidad de ciudadanos (nral. 1, fs. 4 vto), o cuántos procedimientos se realizaron a nivel nacional de control de identidad de ciudadanos, qué capacitaciones recibe el personal policial al respecto, o cuántos procedimientos policiales de examen corporal y registro de vehículos se verificaron a nivel nacional y si se registra la cantidad y en que soporte, lo propio respecto de la cantidad de detenidos en flagrancia, conducidos a seccionales policiales o por orden jurisdiccional (nral. 3, fs. 5), infringe la seguridad pública, máxime cuando el Ministerio del Interior facilita a los medios de prensa en forma frecuente datos sobre el accionar policial en la gestión de la seguridad pública lo que constituye, a la postre, una flagrante violación a su comportamiento precedente configurador no sólo de la seguridad jurídica sino que erige en el administrado la confianza legítima (venire contra factum proprium).- Comporta lisa y llanamente un accionar discriminatorio facilitar el acceso de información relativa al accionar policial, a la sazón prohibido por la resolución inmotivada de fechas 20 y 25 Julio 2012 en cuanto clasifica de confidencial a ?...toda aquella información y documentación relativa al ejercicio de la actividad policial...?, a algunos ciudadanos que se desempeñan en los medios masivos de comunicación y restringírselo a, nada menos, un defensor público que desempeña la trascendente función de defensa de los derechos humanos de los ciudadanos sometidos a enjuiciamiento y control del ejercicio del poder punitivo.- A la postre e hilvanado con el punto precedentemente relacionado tocante a la motivación de las resoluciones ministeriales mentadas, se advierte, como se dijo, una palmaria ausencia de motivación en las resoluciones de fecha 20 y 25 Julio 2012 toda vez que los considerandos no se ajustan al dispositivo del acto administrativo reglamentario; véase que el considerando II de la res. 20 Jul 2012 refiere que ?...afecta a la seguridad pública, la divulgación de la información relativa a la estructuración del servicio policial, en lo que tiene relación con cantidad de personal y móviles en servicio, su distribución, tanto territorial como en



los diferentes turnos, el armamento de que se dispone, las posibilidades de respuesta ante los eventos delictivos, tecnología utilizada para las comunicaciones y su aplicación, así como las propias comunicaciones vinculadas a los procedimientos de combate a la delincuencia a llevarse a cabo o en curso...?, lo mismo que el considerando de la res. 25 Jul 2012 alude que ?...afecta a la seguridad pública, la divulgación de la información relativa a la estrategia y planificación de las actividades vinculadas a los procedimientos de combate a la delincuencia, como descripción y detalle operativos, personal destinado a sus efectos, recursos materiales utilizados, así como informes que surgieran de los mismos...?; no en balde, el decisivo, idéntico en ambas resoluciones, es ?CLASIFÍCASE como información reservada toda aquella información y documentación relativa al ejercicio de la actividad policial??.- En efecto, los considerandos recaen sobre informaciones concretas mientras que el dispositivo lo hace sobre toda documentación o información relativa al ejercicio de la actividad policial, la calificación amplísima de la información como reservada no encuentra el más mínimo sustento argumental preconizado en los considerandos, lo que torna inmotivada y arbitraria las resoluciones, meritando su desaplicación ex officio y, de consiguiente, mal puede servir de excusa tanto para denegar en vía administrativa el acceso a la información requerida por el promotor cuanto para controvertir útil e idóneamente la pretensión incoada.- A su turno y en tercer término, las informaciones peticionadas relacionadas de los numerales 1o a 4o (fs. 4 vto a 5 vto) no trasuntan descubrimiento alguno de la estrategia seguida por el demandado para la eficaz y eficiente gestión de la seguridad pública, puesto que como señalara el promotor en el interrogatorio ad clarificandum a fs. 49 y 50 de infolios, la información requerida es meramente cuantitativa, vale decir: estadística, que no enerva la seguridad pública más si atañe a la sana crítica democrática del ejercicio del poder punitivo y la idónea defensa en juicio derivadas de la forma republicana de Gobierno al socaire del art. 72, Constitución de la República.- En cuanto atañe a las informaciones sobre las capacitaciones del personal policial para el control de la identidad de los ciudadanos (nral. 1.1.5), para los procedimientos de registro personal y vehicular (nral. 2.2.3) y uso, manejo y trazabilidad de las cámaras corporales (nral. 4.1.2), si bien revisten la naturaleza de cualitativas, puesto que no se enderezan a la obtención de datos estadísticos a diferencia de las restantes, al igual que las relacionadas en los nrales. 1.1, 1.4, 2.1, 3.2, 3.3 y 4.1 lit. b), mal puede considerarse que se enderezan a descubrir la estrategia y táctica de la gestión de seguridad pública, puesto que no encartan en los supuestos contemplados en los considerandos II res. 20 Jul 2012, II res. 25 Jul 2012 y II res. 30 Jul 2012.- Por añadidura cabe poner de relieve que el considerando VIII de la res. 22 Dic 2022 (fs. 45) adolece del laconismo y es abstruso en la alegación y justificación de la existencia de elementos objetivos sugestivos de riesgo para la seguridad pública (art. 9 lit. A) e inciso 2o, eiusdem), lo que torna de franco rechazo al embate crítico introducido por el inciso demandado.- En suma, la mención genérica y abstracta de un cercenamiento del interés público seguridad pública como óbice para la fundabilidad de la pretensión de acceso a la información pública peticionada por el promotor comporta lisa y llanamente una contravención al deber jurídico consagrado en el inciso 2o del art. 9, eiusdem, lo que conduce a la incolumidad e indemnidad de la regla edictada en el art. 2, eiusdem, ésto es: ?Se considera información pública toda la que emane o esté en posesión de cualquier organismo público, sea o no estatal,?.?, y 4, eiusdem, ?Se presume pública toda la información producida, obtenida, en poder o bajo control de los sujetos obligados por la presente ley, asegurando un amplio y fácil acceso a los interesados...?, al no haberse justificado en legal forma y acabadamente las excepciones consagrada en el art. 9, Ley No. 18.381.- Por último, en lo que atañe al sustento del alegato vertido por el curial de la parte demandada (fs. 53) cabe poner de relieve que incurre en error de interpretación del libelo introductorio.- En efecto, señala el curial precitado que ?Con respecto a lo últimos a las grabaciones de las indagatorias se tenga presente que



tampoco existe respecto a aquella información que no está disponible no sería posible hacer lugar a lo solicitado, o sea a la existencia o inexistencia de grabaciones, ¿, relativo a ese ítem no sería posible aportar aquello que no existe?.- Yerra el curial actuante sobre la naturaleza de la información peticionada por el actor, puesto que éste jamás requirió de la Administración la exhibición de grabaciones efectuadas sino que, muy diferentemente, ¿cuántas cámaras corporales tiene operativa el Ministerio del Interior (tanto en el interior del país como en la ciudad de Montevideo); b) cuál es la trazabilidad de dichas filmaciones (en cuanto a si las mismas se pueden editar, y si queda registrado qué usuario (h)a tenido acceso a la misma, así como su descarga en alguna unidad)?, lo mismo que solicita se informe ¿a) si existe algún protocolo para el uso de éstas, y para el caso afirmativo, sirva otorgar copia de éste; b) para el caso negativo, cuáles son los criterios para usar las mismas en los distintos procedimientos (controles de identidad, registro, conducciones y detenciones); c) si se filman los interrogatorios a los imputados (conducidos o detenidos) realizados de acuerdo con el artículo 61 del Código del Proceso Penal?.- Una recta y sana intelección del libelo actoral echa por tierra toda lectura que quiera ver la exigencia de una ¿entrega de grabaciones?, sino que únicamente el promotor exige que la Administración demandada informe si se filman los interrogatorios (lit. c) pasible de responderse con un ¿sí? o ¿no? y, asimismo, informe si hay un protocolo para el uso y manejo de las cámaras corporales, también pasible de ser respondida con un ¿sí? o ¿no? y, en caso afirmativo, cual protocolo hay; lo mismo que se informe que destino tiene la filmación, con que seguridades está resguardada ante la eventualidad de ser editada o manipulada.- Es decir, el promotor no pretende de la Administración que aporte ninguna grabación, en cuyo caso el rechazo de la pretensión estaría justificado por expreso imperativo legal (art. 9 lit. D) y 10.II, eiusdem).- V.- El decisorio de imposición de astreintes se justifica en virtud de los artículos 21.3, 373.2 y 374.1, Código General del Proceso, desde que la autoridad jurisdiccional ejerce el ius imperii y la virtualidad de la cosa juzgada es decidir la controversia jurídica con plena autoridad, autoridad que se vería socavada toda vez que cualesquier sujeto público o privado pudiera sortear su obediencia.- Y se supedita al petitorio de parte, por cuanto el art. 371, eiusdem, recoge diáfamanamente el principio dispositivo (nemo iudex sine actore, art. 1, eiusdem) dejando en la órbita jurídica del ejecutante la satisfacción material del interés legítimo accertado en la providencia de cognición conclusiva de la litis, consecuencia jurídica consustancial a la situación jurídica subjetiva en la que se inscribe el ganancioso en un pleito, pudiendo renunciar a su ejercicio.- VI.- El correcto comportamiento endoprocesal desplegado por los contendientes no brinda mérito alguno para la imposición de condenaciones causídicas en éste grado, debiendo sufragarse las costas y costos conforme en el orden en que fueron causadas (arts. 688, Código Civil; 56, Cód. Gral. del Proc.).- Por los fundamentos expuestos y lo dispuesto por los artículos 7, 8, 10, 12, 18, 23, 24, 72 y 332, Constitución de la República; 1 a 5, 8, 9, 10, 14, 16, 17, 18, 22 a 28, Ley No. 18.381; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 24, 117 y ss, 130 y ss, 371 y ss, FALLO: 1, AMPÁRASE LA PRETENSIÓN INSTAURADA Y, EN SU MÉRITO, CONDÉNASE AL MINISTERIO DEL INTERIOR A SUMINISTRAR, EN UN TÉRMINO PERENTORIO DE DIEZ DÍAS, A SUMINISTRAR LAS INFORMACIONES INDIVIDUALIZADAS EN LOS NUMERALES 1° A 4° DEL CAPÍTULO I DE LA DEMANDA (NUMERALES 1° A 4° DEL ESCRITO DE PETICIÓN ADMINISTRATIVA CON NOTA DE CARGO DE FECHA 14 NOVIEMBRE 2022 CURSADO AL DEMANDADO) LA QUE DEBERÁ SUMINISTRARSE CONFORME LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 17, LEY N.° 18.381, BAJO APERCIBIMIENTO DE IMPOSICIÓN DE ASTREINTES DIARIAS, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN CAUSÍDICA.- 2, CONSENTIDA O EJECUTORIADA, PRACTÍQUESE LOS DESGLOSES QUE SE SOLICITAREN.- 3, CÚMPLASE Y, OPORTUNAMENTE, ARCHÍVESE (ART. 108, CÓD. GRAL. DEL PROCESO).- 4, NOTIFÍQUESE A LAS PARTES CONTENDIENTES EN LOS DOMICILIOS PROCESAL ELECTRÓNICOS OPORTUNAMENTE



CONSTITUÍDOS EN AUTOS (ART. 87 NRAL. 6°, EJUSDEM).- Dr. José Ignacio Silvestri
García Juez de Feria

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 5° de la Acordada 7637 de 17 de setiembre de 2008, todas las notificaciones de providencias, resoluciones y sentencias registradas en medio electrónico, que deban practicarse, (ya sea solas o acompañadas de documentos emitidos en el mismo medio), se realizarán en el domicilio electrónico que el usuario deberá haber constituido. La notificación se considerará realizada cuando esté disponible en la casilla de destino.



C. N° 25/2023



Tribunal Apelaciones Civil 2ºTº
DIRECCIÓN Pasaje de los Derechos Humanos 1309

CEDULÓN

GAMBA JOAQUIN
Montevideo, 6 de febrero de 2023

En autos caratulados:

**GAMBA, JOAQUIN c/ MINISTERIO DEL INTERIOR ACCIÓN DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN PÚBLICA (ART. 22 LEY 18.381)**

Ficha 397-1/2023

Tramitados ante esta Sede se ha dispuesto notificar a Ud. la providencia que a continuación se transcribe:

Sentencia : 4/2023, Fecha :06/02/23

TRIBUNAL DE APELACIONES CIVIL DE 2º TURNO.

Ministra redactora: Dra. Adriana de los Santos

Ministras firmantes: Patricia Hernández, Dra. Rosario Sapelli, Dra. Adriana de los Santos

Montevideo.

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia, estos autos caratulados: "**GAMBA, Joaquín c/ MINISTERIO DEL INTERIOR. ACCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, (ART.22 LEY N° 18.381), IUE 397-1/2023**"; venidos a conocimiento de la Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia definitiva No.120/2022, dictada por el Sr. Juez Letrado de Feria del Juzgado Letrado de Tacuarembó de 3er turno, Dr. José Ignacio Silvestri García.

RESULTANDO:



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

CVE: 1101177161048FB4C782



1º) La sentencia impugnada amparó la demanda, y dispuso: ***en su mérito, condénase al Ministerio del Interior a suministrar, en un término perentorio de diez días, a suministrar las informaciones individualizadas en los numerales 1 a 4 del Capítulo I de la demanda (numerales 1º a 4º del escrito de petición administrativa con nota de cargo de fecha 14 de noviembre 2022 cursado al demandado), la que deberá suministrarse conforme a lo dispuesto por el art. 17, Ley 18.381, bajo apercibimiento de imposición de astreintes diarias, sin especial condenación causídica??*** (fs.56 a 76).

2º) De dicha decisión se agravó el Ministerio del Interior, interponiendo el recurso de apelación, formulando los siguientes agravios que lucen de fs. 79 a 81, en lo medular expresó: a) la hostigada realiza una errónea y equivocada interpretación y aplicación del derecho; b) resulta incongruente, carece de logicidad o razonabilidad y deficiente motivación; c) condena al Ministerio del Interior a suministrar información amparada en las excepciones previstas en la Ley 18.381 (art. 8, 9 y 10 de la ley 18.381).

3) Por resolución No. 4886/2022 de 30/12/2022, se tuvo por interpuesto el recurso deducido y se confirió traslado a la contraria por el término legal.

4) Sustanciado el recurso, lo contesta el actor realizando precisiones previas respecto a que la notificación de la resolución No.4886, se efectuó en la casilla de correo del Defensor Público Dr. Texeira y no en el constituido por el compareciente, abogando por que se desestime el recurso interpuesto por falta de argumentación, y para el caso que se ingrese al estudio del medio impugnativo se mantenga la sentencia atacada por haber sido dictada de acuerdo a la ley 18.381 y en protección de los Derechos Humanos. (fs.86-94 vto).

5) Por resolución No. 4/2023 de 5/1/2023, se tiene por evacuado en tiempo y forma el recurso interpuesto, franqueándose la alzada. Por providencia No.5/2023 de 9/1/2021, se revoca parcialmente la anterior y se concede al recurso efecto no suspensivo conforme a lo establecido en el art. 29 inc 3º ley 18.381 y 251 numeral 2 del CGP, ordenándose la formación de pieza a los efectos de su elevación, habiéndose habilitado la Feria Judicial Mayor por decreto No.4838/2022 de 22/12/2022 (fs.27).

6) Se recibieron los autos el 18/1/2023 por este Tribunal, remitiéndose al Tribunal de Feria el 26 de enero de 2023. Por mandato verbal 1/2023 de 27/1/2023, atento a la fecha en que se recibieron las presentes actuaciones y el plazo procesal para su estudio y dictado de sentencia, resultando el tiempo material insuficiente el Tribunal de Feria, lo devuelve a esta Sede. (fs. 113). Culminada la Feria Judicial Mayor, el 1/2/2023, se pasa a estudio de las Sras. Ministras, y completado el mismo se acuerda la decisión y se designa a la Dra. Adriana de los Santos, para la redacción del presente pronunciamiento.



CONSIDERANDO:

I) La Sala acepta el correcto relato de antecedentes procesales que se consignó en la recurrida, y por el número de voluntades requerido por la ley (art. 61 inc.1 de la LOT), en la ocasión por unanimidad de sus integrantes naturales, habrá de confirmar la impugnada, por los fundamentos que se expondrán, todo sin especial condena en la instancia.

II) El caso de autos.

El Dr. Joaquín Gamba, en su calidad de Defensor Público, cumpliendo funciones en la ciudad de Tacuarembó, promovió pretensión de acceso a la información pública al amparo de lo establecido en el art. 22 y ss de la ley 18.381 contra el Ministerio del Interior.

Manifestó el accionante que el 14 de noviembre de 2022, solicitó al Ministerio del Interior información respecto a controles de identidad registros personales, conducciones y detenciones de personas desde la entrada en vigencia de la ley 19.899 (LUC) hasta la fecha. No habiéndose expedido la Administración ni solicitado prórroga, en el plazo establecido en la ley, quedó habilitado a los efectos de incoar la presente acción judicial. En base a ello el actor solicita que se le informe sobre cuatro puntos, a los que divide en sub ítems: **1º) Controles de identidad regulados por el art. 43 de la ley 18.315.** Sobre este punto solicita que: 1.1) se informe si se registran en algún soporte papel o digital los controles de identidad realizado en las tres hipótesis que prevé e art. 43 de la ley 18.315:a) cuando la persona tiene la documentación consigo; b) cuando no tiene la documentación consigo y c) cuando la persona es conducida a dependencias policiales por negarse a identificarse o la documentación presentada le genera dudas. 1.2.) para el caso afirmativo, informe: a) cuantos procedimientos se han realizado en cada una de las tres hipótesis a nivel nacional y b) en dichos procedimientos de controles de identidad, cuántas personas se pudo determinar que estaban requeridas por la justicia (requeridas con orden de detención libradas). 1.3.) Para el caso que no se lleven los registros en soporte papel o digital, informe de que manera se registran dichos controles y el detalle de los controles de identidad llevados a cabo. 1.4) Si existe algún protocolo (interno) interno policial para realizar los controles de identidad. Para el caso afirmativo sirva otorgar copia de estos. 1.5) Cuáles son las capacitaciones recibidas por la policía para realizar los controles de identidad, si están registradas en algún manual y/o documento y para el caso afirmativo otorgue copias de estas.

2) Registros personales y vehículos regulados por los artículos 44, 45 y 46 de la ley 18.315 y art. 59 del Código del Proceso Penal. Solicita que se informe: 2.1 -a) si se registran en algún soporte papel o digital los registros personales y de vehículos (arts. 44 y 45 de la ley 18.315 y art. 59 CPP); b) para el caso afirmativo, informe: b.1) cuántos han sido los procedimientos a nivel nacional; b.2) a raíz de dichos procedimientos, por el resultado de los registros cuantos culminaron con formalizaciones; 2.2- si existe algún protocolo policial para realizar estos



registros y en caso afirmativo se sirva otorgar copia del mismo. 2.3- informe cuales son las capacitaciones recibidas por la policía para llevar a cabo estos procedimientos y si estas se encuentran registradas en algún manual y/o documento, para el caso afirmativo sirva otorgar copia de estas.

3) Detenciones y conducciones de acuerdo a lo regulado por el art. 15 de la Constitución, arts. 219 y 220 del Código de Proceso Penal y art. 47, 48 49 y 51 de la ley 18.315.

3.1. Conforme al art. 52 de la ley 18.315 se sirva aportar información respecto a las personas:
a) detenidas por orden judicial; b) detenidas por flagrancia; c) conducida a las seccionales policiales al amparo de lo dispuesto por el art. 48 de la ley 18.315.

3.2- Conforme al art. 52 de la ley 18.315, de acuerdo a la documentación que se tiene que llevar por parte de la policía en casos de detención y conducción, se solicita que se adjunte copia de los formularios que se completen en dichos requisitos en cada departamento del interior y en las zonas operacionales de Montevideo.

3.3.- Informe cual es el procedimiento para llevar a cabo la lectura de los derechos a los imputados detenidos o conducidos a dichas seccionales.

4.- Cámaras corporales.

Solicita que se informe: 4.1. a) cuántas cámaras corporales tiene operativa el Ministerio del Interior (tanto en el interior del país como en Montevideo); b) cual es la trazabilidad de dichas filmaciones (si se pueden editar y si queda registrado que usuario tuvo acceso a las mismas, así como su descarga en alguna unidad); 4.2) informe :a) si existe algún protocolo para el uso de estas y para el caso afirmativo, sirva otorgar copia de éste; b) para el caso negativo, cuáles son los criterios para usar las mismas en los distintos procedimientos (controles de identidad, registro, conducciones y detenciones); c) si se filman los interrogatorios a los imputados (conducidos o detenidos) realizados de acuerdo al art. 61 del Código de Procedimiento Penal.

El accionante fundamenta el derecho al acceso a la información pública conforme a la normativa nacional e internacional, jurisprudencia de organismos internacionales, ofrece prueba y en definitiva, solicita que se condene a la demandada a que entregue toda la información solicitada, en virtud de haber operado el silencio positivo en el plazo de 10 días, bajo la imposición de astreintes por cada día de incumplimiento.

Previo a iniciar esta acción, el actor cumplió con el requisito establecido en el art. 23 de la ley 18.381, solicitando al Ministerio del Interior la información requerida, no habiendo el organismo respondido ni solicitado prórroga al respecto, por lo que se encuentra omiso en el cumplimiento de lo preceptuado en la Ley No 18.381.



El representante legal del Ministerio del Interior contesta en términos de oposición, en la audiencia celebrada el 26 de diciembre de 2022, la que fue notificada en legal forma, emplazándose al Ministerio del Interior, en el domicilio de la Jefatura de Policía de Tacuarembó y en calle Mercedes 993 de Montevideo. El accionado basó su defensa en lo medular en los límites del acceso a la información, al amparo de lo establecido en el art. 10 de la Ley 18.381 y en la ley 18.331 de protección a los datos personales y especialmente en las excepciones previstas en la ley -art. 8 y 9 de la ley 18.381, fundándose en razones de seguridad pública; en particular que se trata de información reservada por así haberlo dispuesto resoluciones ministeriales, las cuales se recogen y se hacen mención como fundamento para denegar lo requerido ante la Sede y que constan en la Resolución ministerial del 22/12/2022, que se expide sobre la petición en vía administrativa que realizó el Dr. Gamba de acceso a la información pública. La información solicitada ha sido clasificada mediante acto administrativo, como reservada y confidencial. Por resolución de 20/7/2012, se resolvió: *¿clasificase como información reservada toda aquella información y documentación que involucre el ejercicio de la actividad policial en particular aquella relativa a hechos y personas que sea recabada y tratada con la finalidad del mantenimiento y preservación del orden público, así como la prevención y represión del delito, que se encuentren en los registros policiales, tales como cuaderno de novedades, de comunicaciones, oficios, memorándum, notas, así como los datos del personal asignado a cada procedimiento, sin perjuicio de la reserva impuesta por el ejercicio de la actividad auxiliar de la justicia y cuya finalidad sea ser incorporada a un presumario en sede judicial?, -documento ?B?, fs. 39 y vto. Por resolución 25/7/2012 se dispuso? clasificase como información reservada, toda aquella información y documentación relativa al ejercicio de la actividad policial, en particular aquella relativa a la estrategia y clarificación de las actividades vinculadas a los procedimientos de combate a la delincuencia (doc C)?. ?Respecto a las cámaras corporales por resolución ministerial de 30/7/2012, el jerarca de la época clasificó como reservada toda aquella información y documentación relativa a la destitución y detalles de materiales e insumos que utiliza el personal policial en actividades de combate a la delincuencia (Doc D)?. ?Por último por resolución del Ministerio del Interior de fecha 22/12/2022, el Ministerio del Interior, en base a la normativa antes mencionada resolvió no hacer lugar a la entrega de la información requerida por el accionante en virtud de revestir el carácter de reservado? (doc E). Concluye el demandado, que no corresponde proporcionar la información solicitada, por ser calificada como reservada, encontrándose dentro de las excepciones previstas en el art. 8 y 9 de Ley 18.381. Ofrece prueba documental consistente en copias autenticadas de las resoluciones ministeriales, identificadas como documentos A, B, C, D., solicitando en definitiva que se rechace la demanda.*

A solicitud del a quo, en audiencia, el accionante aclara que la información requerida en el numeral 3.3.1 a fs. 5 : *??aportar la información respecto a las personas??* así como la totalidad de la información solicitada es de naturaleza cuantitativa y no cualitativa. En el caso específico preguntado por la Sede, se refiere a números de personas detenidas por orden judicial, en



flagrancia y conducidas conforme al art. 48 de la ley 18.315 y no a que se proporcione los datos patronímicos. (fs. 48 a 54)

III) Análisis de agravios

El actor al evacuar el traslado conferido del recurso de apelación interpuesto entiende que debe ser rechazado de plano por inadmisibles debido a la ausencia de expresión de agravios. Se considera por la Sala que ello no es de recibo, si bien puede considerarse que el recurrente se limitó a repetir los mismos argumentos utilizados al contestar la demanda en audiencia, sin perjuicio de ello, al sustanciarse el recurso le permitió el actor contestar los agravios, efectuando sus descargos en ejercicio de su derecho de defensa; en consecuencia, corresponde efectuar el análisis de los mismos.

La situación planteada a los efectos de su resolución está comprendida en las previsiones en la ley 18.381 que prevé el acceso a la información pública, cuya finalidad es promover la transparencia de la función administrativa de los organismos públicos, ya sean estatales o no, garantizando de esa forma el derecho de las personas al acceso a la información de los mecanismos de actuación y decisión de la Administración. El derecho a la información pública, es un derecho humano de raigambre constitucional, que está informado por los principios de: transparencia, de publicidad, de legalidad, de consecución del interés público, de respeto por los derechos de los ciudadanos (Carlos E Delpiazzo).

El principio es que se acceda a la información pública, estando limitado ese derecho por excepciones que deben ser de interpretación estricta, tal como preceptúa el artículo 8º de la Ley 18.381.

Dichas razones deben referir a cuestiones definidas como de carácter reservado o confidencial.

La Sala considera, que los agravios formulados son de franco rechazo; contrariamente a lo sostenido por el recurrente se desprende de la recurrida, que el decisor de primera instancia realizó un exhaustivo análisis de la situación planteada, efectuando una correcta interpretación y valoración de los hechos, de la prueba aportada, de los derechos protegidos, del marco normativo aplicable, citando jurisprudencia, priorizando el derecho fundamental del acceso a la información que pretende el actor en fundada decisión. Tampoco se advierte como lo señala el impugnante la falta de motivación, la incongruencia en que habría incurrido la Sede a quo, ya que más allá de mencionarlo de manera genérica, no surge argumentación alguna.

IV) Si bien el accionado, se refiere en sus agravios que proporcionar esa información afectaría la seguridad pública, no especificó ni acreditó en que forma puede afectarla. Téngase presente que la información, como bien lo aclaró el actor en la audiencia se refiere a información cuantitativa, a cantidad, a números, no está solicitando datos personales, identificatorios de las



personas involucradas en los procedimientos, tanto se refiere a investigados (indagados, imputados) como policías actuantes, ni se refiere a ningún procedimiento específico, por lo que no se está vulnerando el derecho a la intimidad, ni a la protección de datos personales. Por lo tanto no se advierte, de que manera proporcionar esa información pueda representar que se afecte o se ponga en peligro la seguridad pública o se cause un *daño al interés público protegido*, lo que más allá de la alusión efectuada por la accionada a las resoluciones ministeriales dictadas del año 2012 y 2022, no fundamentó ni acreditó en debida forma. Máxime como lo expresó el a quo, es público y notorio, que diferentes autoridades de la Secretaria de Estado, en medios de prensa, hacen referencia al número de incautaciones (armas, vehículos, drogas, etc) , procedimientos efectuados ya sea contra la propiedad mueble, narcotráfico, etc., personas detenidas, formalizadas, allanamientos efectuados, compra de cámaras de video vigilancia, corporales, etc; en consecuencia no se determina en este caso concreto cual sería el motivo fundado para negarse la información solicitada, haciendo referencia a que se trata de confidencial y reservada pero que no acreditó de manera fundada, por lo que no cumplió con la carga de la prueba, como era su obligación a los efectos de justificar porque negaba la información solicitada. Las resoluciones ministeriales dictadas son genéricas y la diciembre de 2022, se dictó cuando había vencido con exceso el plazo para expedirse en la vía administrativa de la petición de acceso a la información pública formulada por el Dr. Gamba con fecha 14 de noviembre de 2022 (fs.4), sin perjuicio que tampoco establece motivos específicos, refiriéndose a que es información reservada (fs.44 a 47).

Respecto de la clasificación como información como reservada, debe precisarse que las reservas genéricas de información no son ajustadas a la Ley y su decreto reglamentario por tanto la clasificación debe realizarse en forma particular, debiendo descartarse la realización de una reserva genérica. Lo anteriormente expuesto es muy importante a los efectos prácticos en la medida que ante una solicitud de acceso a dicha información, en el caso de un sujeto obligado haya efectuado previamente una reserva genérica de la información, entendemos que el organismo no podrá ampararse en dicha reserva genérica para denegar el acceso a la información referida?? (Schiavi, Pablo *El control de acceso a la información pública y de la protección de datos personales en el Uruguay?*, pág 54. Universidad de Montevideo).

Por lo que se concluye por la Sala, que contrariamente a lo manifestado por el recurrente, dicha información no posee el carácter de reservada ni confidencial, de acuerdo a los artículos 8, 9 y 10 de la ley 18.381, que son de interpretación estricta, y por lo tanto no encartan dentro de las limitaciones al acceso a derecho a la información.

Si se entendía que la información requerida por el actor a fs. 2,3 y 4 revestía alguno de estos caracteres debió expresarlo en resolución fundada de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley, no bastando para negar la información fundarse en resoluciones genéricas. La resolución Ministerial del 22/12/22 es genérica y carece de fundamentos específicos, como



bien lo analizó el decisor de primer grado, conclusiones que se comparten y a la que se remiten para evitar repeticiones ociosas.

No se advierte como sostiene el demandado, que proporcionar dicha información podría comprometer la seguridad pública, teniendo en cuenta que la totalidad de la información refiere a naturaleza cuantitativa, respecto a controles de identidad, registros personales y/o de vehículos, detención y conducción de personas cuando existe orden de detención, en flagrancia, utilización de las cámaras personales, de qué manera se registran los procedimientos policiales, existencia de protocolos de actuación, capacitación policial, etc. ; comprendiendo el periodo que abarca desde la vigencia la Ley 19.899 (LUC) hasta el presente, habiéndose dicha ley reformado normas de Código de Proceso Penal y de la Ley Orgánica Policial; máxime cuando el accionante es defensor público, y la información recabada es atinente a la función pública que cumple. El art. 22 de la citada Ley 18.831 establece que toda persona tendrá derecho a entablar una acción judicial efectiva que garantice el pleno acceso a las informaciones de su interés. Indudablemente en la especie la misma tiene relevancia para quién la solicita, teniendo en cuenta que se desempeña como defensor público en materia penal, por lo tanto, es de su incumbencia poseer los conocimientos necesarios respecto a los diferentes procedimientos policiales, máxime cuando los mismos significan restringir o limitar derechos individuales. *¿Es decir, para opinar se debe saber y para saber resulta necesario estar informado. Y es justamente la opinión informada la que debe ser garantizada, por el acceso a la información pública. El derecho de acceder a la información pública, como moderna concepción de la libertad de expresión, es esencial para garantizarla, para que los individuos puedan formar sus propias opiniones, investigar en aquellos áreas que sean de su interés, recibir informaciones, y claro está, difundirlas por cualquier medio de expresión?* (Fernández Perrone- Spagnolo Arévalo ? Reflexiones sobre los límites al derecho al acceso a la información pública?, pág. 66- obra colectiva ?Estudios de la información pública y datos personales? Tomo II- Universidad de Montevideo)

El artículo 25 del decreto reglamentario 232/2010: "*La información podrá clasificarse como reservada, siempre que en la resolución de la autoridad responsable, debidamente fundada y motivada, se demuestre la existencia de elementos objetivos que permitan determinar la expectativa razonable de un daño al interés público protegido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Ley que se reglamenta*".

Por lo expuesto no resulta de recibo el carácter reservado-art. 9- y confidencial de la información, - art. 10 de la ley- que aduce el impugnante, son normas de carácter taxativo, de interpretación estricta.

Para que la información sea considerada reservada conforme al art. 9 de la ley 18.831 en la redacción dada por la ley 18.831, establece que : *¿La clasificación de la información reservada*



*deberá realizarse por el sujeto obligado en el momento en que esta se genere, obtenga o modifique mediante resolución debidamente fundada y motivada, en la que se demuestra la existencia de elementos objetivos que permitan determinar que la divulgación de la misma genera un riesgo claro, probable, específico de daño al interés público protegido del acuerdo con las excepciones referidas en el presente artículo?. Respecto a calificar información de confidencial también se requiere resolución fundada de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto Reglamentario, la que debe dictarse en el momento en que se genera el documento o expediente o en el momento que se recibe la solicitud de acceso a dicha información. De la lectura de la Resolución Ministerial de fecha 22/12/2022, (fs. 44 a 47), surge sin hesitación, que no se establecieron los motivos en forma específica por lo cual se declara reservada la información solicitada. Se funda en Resoluciones Ministeriales del año 2012, pero tampoco la información requerida, se encontraría dentro de lo allí previsto, acá no se está solicitando *información y documentación relativa al ejercicio de la actividad policial, en particular aquella relativa a la estrategia y planificación de las actividades vinculadas a los procedimientos de combate a la delincuencia*?(Resolución del 25/7/2012 -fs.46).*

En conceptos trasladables a la presente causa, esta Sala con anterior integración que la actual comparte, en Sentencia 144/2020, (la que también fue citada por el decisor de primer grado), expresó: *Debemos tener presente que el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental protegido por el artículo 13 de la Convención Americana. Se trata de un derecho particularmente importante para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los sistemas democráticos, por lo cual ha recibido un alto grado de atención, tanto por los Estados miembros de la OEA como por la doctrina y la jurisprudencia internacional.*

Y según ha interpretado la CIDH, el artículo 13 de la Convención Americana comprende la obligación positiva en cabeza del Estado de permitir a los ciudadanos acceder a la información que está en su poder.

Ello es así por cuanto, el derecho de acceso a la información es una herramienta crítica para el control del funcionamiento del Estado y la gestión pública, y para el control de la corrupción. El derecho de acceso a la información es un requisito fundamental para garantizar la transparencia y la buena gestión pública del gobierno y de las restantes autoridades estatales. El pleno ejercicio del derecho de acceso a la información es una garantía indispensable para evitar abusos de los funcionarios públicos, promover la rendición de cuentas y la transparencia en la gestión estatal y prevenir la corrupción y el autoritarismo. De otra parte, el libre acceso a la información es un medio para que, en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía pueda ejercer adecuadamente sus derechos políticos. Sólo a través del acceso a la información bajo control del Estado que sea de interés público es que los ciudadanos pueden cuestionar, indagar y considerar si se está dando cumplimiento adecuado a las funciones públicas?. (Cfm Corte I.D.H., Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de



2006. Serie C No. 151, párrs. 86 y 87.)

Es dable destacar, en este orden, que la Corte Interamericana ha resaltado en su jurisprudencia que el principio de máxima divulgación ?establece la presunción de que toda información es accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones?, las cuales deben estar previamente fijadas por ley, responder a un objetivo permitido por la Convención Americana, ser necesarias en una sociedad democrática y orientadas a satisfacer un interés público imperativo.?

En consecuencia, teniendo presente que el derecho al acceso a la información pública es un derecho humano fundamental el que es reconocido en la legislación nacional, en tratados internacionales que el país ratificó y en jurisprudencia de organismos internacionales, derecho que está estrictamente vinculado a la transparencia de la función administrativa de todo organismo público, sea o no estatal, el que se limita frente a determinadas excepciones que son de interpretación estricta, las que no se configuran en autos, corresponde confirmar la fundada sentencia atacada, desestimando los agravios formulados por la demandada por los argumentos antes expuestos.

V) La conducta procesal de las partes no amerita condenaciones procesales especiales (artículos 688 CC y 56 del CGP).

Por lo expuesto y disposiciones citadas, el Tribunal,

FALLA:

Confirmase la sentencia de primera instancia, sin especial condena.

Notifíquese personalmente a las partes.

Oportunamente, devuélvase a la sede de origen.

Patricia Hernández

Ministra

URUGUAY



Rosario Sapelli

Ministra

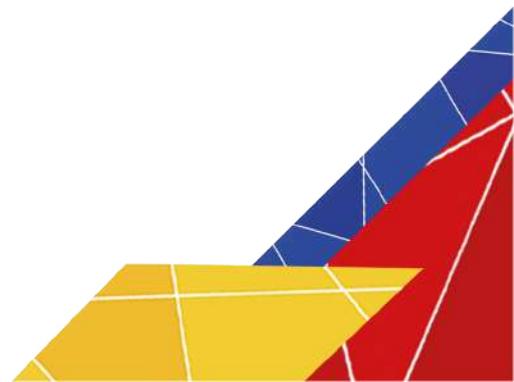
Adriana de los Santos

Ministra

VENEZUELA



PARÁMETRO	CONTENIDO
País	República Bolivariana de Venezuela
Tribunal	Tribunal Supremo de Justicia
Materia	Revisión Constitucional
Derechos involucrados	Derecho a la Vida, Derechos Humanos, Derecho a la Libertad, Debido Proceso, Derecho a la Defensa, Derecho a la Comunicación, Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Derechos a la Vida, (artículo 58), Libertad Personal, (artículo 60.1 y 60 2) Integridad (sic) Física, Prohibición de ser incomunicado (artículo 60.3). no Discriminación (artículo 61), Derecho a la Defensa, (artículo 60.1) Ser Oído en tiempo hábil y oportuno por su Juez natural, (artículo 60.1), inviolabilidad del Hogar Doméstico (artículo 62) Derecho a la Verdad (artículo 67), todos de la Constitución Nacional de la República de Venezuela, derechos éstos que están reconocidos en los Pactos y Tratados Internacionales que para la fecha ya había Ratificado el Estado Venezolano, en relación a los delitos de: Lesa Humanidad, Crímenes, Desapariciones, Torturas y otras Violaciones de los Derechos Humanos.
Breve relación de los hechos	Desaparición del ciudadano CÉSAR BURGUILLOS, quien fue víctima de los hechos acaecidos en el año 1965 por funcionarios adscritos al DIGEPOL.
Fundamentos de derecho	49 CRBV, 58 CNRV , Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José, Declaración Universal los Derechos Humanos, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
Contexto social y económico del caso	En el ámbito social más allá de la conmoción de los hechos ocurridos, para los familiares y allegado se requiere determinar la realidad de lo ocurrido e, inclusive, la posible responsabilidad penal de los autores y partícipes de ese hecho, incluyendo a los superiores jerárquicos y demás funcionarios y personas en general que pudieran estar involucradas de forma directa o indirecta en el mismo.
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	Sala Constitucional
Instrumento y/o criterio internacional invocado	Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas (OEA)



VENEZUELA



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

MAGISTRADA PONENTE: TANIA D'AMELIO CARDIET

Consta en autos que, el 16 de marzo de 2016, los abogados, **JUAN ARBERTO BARRADAS RODRÍGUEZ**, Fiscal 39° Nacional Plena, **HÉCTOR ALBERTO ALVARADO MILLÁN** Fiscal Auxiliar 39° Nacional Plena, **ELVIS JOSÉ RODRÍGUEZ MOLINA**, Fiscal 80° Nacional, **MERY GÓMEZ CADENAS**, Fiscal 8° Nacional Plena, **ARMANDO SAAVEDRA CASTILLO** Fiscal Auxiliar 8° Nacional Plena, **EDDMYSALHA GUILLEN CORDERO**, Fiscal 86° del Área Metropolitana, comisionados por la ciudadana Fiscal General de la República, Dra. LUISA ORTEGA DIAZ, según comunicaciones números DFGR-VFGR-DGAP-DPDF-AG-07-F-11311-2939-14, DFGR-VFGR-DGAP-DPDF-07-F-11311-4052-13, DFGR-VFGR-DGAP-DPDF-07-F-6090-12, DFGR-VFGR-DGAP-DPDF-07-F-11311-368-11 y DFGR-VFGR-DGAP-DPDF-02-F-11311-2950-13, respectivamente, para conocer de los hechos de homicidios, torturas y desapariciones forzadas, cometidos contra venezolanos y venezolanas durante los años 1958-1998, en uso de las atribuciones que les confieren los artículos 285 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, numerales 1, 4, 5 y 6; 111 numerales 14, 15 y 18 del Código Orgánico Procesal Penal, y artículos 31 ordinales 3, 4, 5, 7, 8 y 37 numerales 7 y 16, ambos de la Ley Orgánica del Ministerio Público, acudieron a esta Sala Constitucional para solicitar, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 336, numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y por el artículo 19 de la Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y otras Violaciones de los Derechos Humanos por razones políticas entre los años 1958-1998, la **REVISIÓN CONSTITUCIONAL** de las sentencias dictadas por el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín el 16 de junio de 1998 mediante la cual declaró *"EXTINGUIDA POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL LA PRESENTE AVERIGUACIÓN SUMARIAL*, instruida 'con motivo de la presunta detención y posterior desaparición del ciudadano CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS...' y *consecuencialmente conforme al artículo 206 Ordinal 7° del Código de Enjuiciamiento Criminal* [hoy derogado], en relación con el artículo 20 del Código de Justicia Militar"; y por el Consejo de Guerra Permanente de Maturín el 14 de agosto de 1998, en la que dispuso declarar *"TERMINADA LA PRESENTE AVERIGUACIÓN SUMARIAL, POR ESTAR EXTINGUIDA DE LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN, instruida con motivo de la presunta detención y posterior desaparición del [c]iudadano CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS, conforme al artículo 206, Ordinal 7, del Código de Enjuiciamiento Criminal, aplicable al caso por disposición del artículo 20 del Código de Justicia Militar"* .



Luego de la recepción del escrito, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada Doctora Carmen Zuleta de Merchán.

El 28 de octubre de 2021, consta el Oficio N° 00-DPDDHH-F80NN-0459-2021, del 25 de octubre de 2021, mediante el cual los abogados HENRY SÁNCHEZ, en su condición de Fiscal Provisorio Octogésimo Nacional de Protección de los Derechos Humanos del Ministerio Público y la ciudadana BÁRBARA RUBY CONDE INFANTE en su condición de Fiscal Auxiliar Octogésimo Nacional de Protección de los Derechos Humanos del Ministerio Público, solicitan información sobre el estatus de la presente causa.

En reunión de Sala Plena del 27 de abril de 2022, se eligió la Junta Directiva de este Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de que el 26 de abril de 2022, la Asamblea Nacional designó a sus Magistrados y Magistradas. En razón de ello, la Sala Constitucional quedó constituida de la siguiente manera: la Magistrada Dra. Gladys María Gutiérrez Alvarado, en su condición de Presidenta, la Magistrada Dra. Lourdes Benicia Suárez Anderson, en su condición de Vicepresidenta; los Magistrados, en su condición de integrantes de la Sala Dr. Calixto Ortega Ríos, Dr. Luis Fernando Damiani Bustillos y la Magistrada Dra. Tania D'Amelio Cardiet.

En fecha, 02 de mayo de 2022, se designó ponente a la magistrada Dra. Tania D'Amelio Cardiet, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

Efectuada la lectura individual del expediente, esta Sala procede a dictar sentencia, previas las consideraciones siguientes:

I

DE LA SOLICITUD DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL

Los solicitantes de la revisión fundamentaron su solicitud en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

*Que "...el Ministerio Público inició la correspondiente investigación penal, con la finalidad de determinar si nos encontramos en presencia, o no, de delitos de violaciones graves a los derechos humanos y en el supuesto de que así sea, corresponderá determinar la razón o motivos que trajeron como resultado la desaparición del ciudadano **CÉSAR BURGUILLOS**, quien fue víctima de los hechos acaecidos en el año **1965** por funcionarios adscritos al **DIGEPOL**, y si en efecto, fueron a causa de las innumerables persecuciones a determinados grupos por el simple hecho de disentir o no estar conforme con la situación que se estaba viviendo para el momento en el país, lo que constituyó **un** ataque generalizado a ese grupo de personas que habitaban en Territorio Venezolano y cuya intención era la eliminación y destrucción de los mismos, siendo perpetrados diversos delitos de carácter antihumanitario, por lo que, su devenir, su ejecución y consecuencias, son de manejo público y colectivo; estos hechos se vinieron a reflejar en la memoria histórica del Venezolano como los más graves que, hasta la fecha se recuerden, por la gran magnitud de vejámenes contra la dignidad humana, torturas, homicidios (muchos de ellos bajo fusilamiento y masacres colectivas), así como desapariciones forzadas de personas, contraviniendo los derechos constitucionales, tratados, convenios o pactos internacionales, que se refieren a la obligación por parte de los Estados de protección a los Derechos Humanos de todo ciudadano. Según es indicado en las actas que integran el expediente, **adversario político** y, por ende, considerado un enemigo del gobierno por ser bandolero (Guerrillero), al*



*pertenecer a las filas revolucionarias, resulta un hecho notorio en esa época **que** los adversarios eran considerados un peligro para la estabilidad política del país, lo que conllevaba a la persecución de los mismos, el procesamiento por delitos muchas veces inexistentes y en muchos casos la perpetración de **Desaparición Forzada**, bajo la apariencia de una causa de justificación y con la certeza del favorecimiento en una investigación disfrazada que en definitiva culminaba con una **Averiguación Terminada** con un proceso fraudulento, injusto, quedando impune muchos delitos considerados violatemos contra los derechos humanos y de máxima gravedad, como son los delitos de **LESA HUMANIDAD**, toda vez que la razón o móvil de la desaparición perseguía la destrucción o eliminación del grupo por razones meramente políticas, lo que determina la corporeidad de estos delitos, al ser perpetrados por funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones, que tenían la obligación irrestricta de velar por la seguridad de todos los habitantes del país, por su integridad física y por sobre todo la vida, independientemente de su inclinación política o razón social". (Resaltado del escrito).*

*Que el Ministerio Público solicitó "...copias certificadas del expediente signado bajo el Número 18-0898-98, el cual reposaba en La Presidencia de la Corte Marcial y del Circuito Judicial Penal Militar, y luego de una revisión exhaustiva de las actas que integran la causa, se evidencia que existe cosa juzgada, requisito indispensable para que proceda el Recurso Extraordinario de Revisión Constitucional, proceso que fue totalmente distorcionado (sic) o desnaturalizado, siendo simulado con fines distintos a lo que realmente conlleva 'el proceso' considerado como una solución a los conflictos con una resolución pacífica, objetiva, imparcial, justa, equitativa, idónea y transparente. Al ser evidentemente contraria al fin que se perseguía, elevamos ante ese máximo Tribunal de la República, en cuya Sala le compete ser el último guardián de la Justicia y de nuestra Constitución, al estarle encomendada la valiosa misión de velar por la uniformidad de criterios constitucionales, así como revocar aquellas decisiones que lesionen derechos y garantías consagradas en la Carta Magna, tal y como ocurrió en la decisión que traemos a colación. Y es por ello, que fue promulgada la Ley para Sancionar Los Crímenes, Desapariciones, Torturas y otras Violaciones de los Derechos Humanos por razones Políticas en el periodo 1958 al 1998, ya que es notorio que en esa época existieron tales violaciones que han generado con el transcurso de los años **impunidad, injusticia y un verdadero caos social**, ante el desasosiego y la falta de confianza en la administración de justicia que reinaba en el momento de los hechos, impregnado de temor, de silencio al no poder reclamar o elevar la voz". (Negritas y subrayado del escrito).*

*Que "...una vez revisadas las actas que integran la presente causa, se observa que el extinto Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín, en fecha 25 de **ENERO** del año 1974, ACORDÓ MANTENER ABIERTA LA AVERIGUACIÓN SUMARIAL, conforme a lo establecido en el artículo 225 del Código de Justicia Militar, (vigente para la época); decisión que fue consultada y confirmada conforme al mismo artículo ante el Consejo de*



Guerra Permanente de Maturín, en fecha 28 de enero de 1974, cuyo sustento se esboza en 12 líneas:

'...consta por las declaraciones de las ciudadanas **CARLA MARÍA DE MARÍA FINÍ DE BURGUILLOS E ISABEL MARTÍNEZ DE BURGUILLOS**, que el año de mil novecientos sesenta y nueve, fue detenido el ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**, quien posteriormente desapareció sin que su familia lograra informes sobre su paradero; pero sin constar en las actas procesales quien fue el autor o autores de tal desaparición. Por lo expuesto y de acuerdo a lo establecido en el artículo 225 del Código de Justicia Militar, se ordena mantener abierta la presente averiguación hasta lograr indicios suficientes sobre la responsabilidad de persona o personas en la comisión del delito motivo de esta averiguación. Queda así confirmada en todas sus partes la decisión consultada...". (Resaltado del escrito).

Que "...en fecha dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín **DECLARÓ EXTINGUIDA POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL LA AVERIGUACIÓN SUMARIAL** instruida sobre la presunta desaparición del ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**, conforme al artículo 206 ordinal 7 del Código de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 20 del Código de Justicia Militar. Por considerar prescrita la acción penal para investigar la conducta desplegada por los funcionarios del Teniente Sarmiento, funcionario de la Dirección General de la Policía (DIGEPOL), quien se encuentra incurso en la desaparición del ciudadano: **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**". (Negritas y subrayado del escrito).

Que "...es importante destacar que el extinto Consejo de Guerra Permanente de Maturín **en fecha 14 de agosto de 1998. CONFIRMA** la decisión en los términos del auto consultado, Declarando Terminada la Averiguación Sumarial por **ESTAR EXTINGUIDA DE LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN**. Conforme el artículo 206 ordinal 7 del Código de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 20 del Código de Justicia Militar. Visto así, la decisión se encuentra **DEFINITIVAMENTE FIRME, por ser un auto interlocutorio con fuerza definitiva que fue consultado y que produjo efectos de COSA JUZGADA, causando una lesión constitucional irreversible al no tutelar el bien jurídico más importante como lo es el derecho a la vida del ciudadano CÉSAR AUGUSTO BURGUILLO. hecho pues, que atañe al Orden Público Constitucional y a la Seguridad Jurídica de los ciudadanos,** amén que, con dicho pronunciamiento, manifiestamente inmotivado y contradictorio, se violentó el principio de la tutela judicial efectiva, al silenciar por completo las razones de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento para arribar a dicha decisión, pues no se investigó al Teniente Sarmiento, funcionario adscrito a la Digepol quien fue ampliamente señalado por la esposa de **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLO** como la persona quien practicó la detención, y se negó a dar información en relación al paradero de **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLO**; sin embargo, el fundamento de la decisión in comento, se refiere a la **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN** (sic) **PENAL**". (Negritas y subrayado del escrito).

VENEZUELA



Que "...analizada la decisión emanada por el Tribunal Superior, observamos que únicamente se limita a establecer que confirma la decisión, pero no hace ninguna exposición ni razona los criterios que utilizó el juzgador para compartir la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, cuya decisión es contradictoria, tal y como se explicará posteriormente en capítulo separado, siendo una obligación de todo Tribunal de la República motivar las resoluciones judiciales en pro de la paz social y de la seguridad de las Instituciones".

Que "[a] la luz de la sentencia antes transcrita no es menester que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 49 deba expresar que las decisiones Judiciales deben ser motivadas, ya que entonces no necesitaría de la sapiencia de un Juez, con experiencia para desarrollar una función tan importante y delicada como lo es la Administración de Justicia. Igualmente, bajo la vigencia de la Constitución de 1961 (Hoy derogada) y del Código de Enjuiciamiento Criminal [hoy derogado], tanto los Autos Interlocutorios así como las Sentencias debían expresar las razones o fundamentos que conlleva a la dispositiva o resolución final, lo que implica un proceso intelectual que lo lleva a decidir de determinada manera, al establecer las razones que tuvo para fundamentar la decisión, pero que debe ser coherente, lógico con los resultados de los actos de investigación".

Que "...la investigación sumaria 'supuestamente realizada' no fue más que un simple simulacro de investigación y de proceso fraudulento, con el objetivo de acreditarle una aparente legalidad a la desaparición perpetrada a un ciudadano venezolano, lo cual a criterio del Ministerio Público constituye **UN ERROR GROTESCO EN LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE PARA LA FECHA DE LOS HECHOS**, que establecía en el artículo 58 el Derecho a la Vida, cuyo carácter es inviolable y la prohibición de toda autoridad de aplicar la pena de muerte o la ejecución de un ciudadano, quien debió en todo caso ser detenido y ser puesto a la orden de las autoridades judiciales respectivas. Todo lo cual se encuentra directamente vinculado a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente al **IUS COGENS, aplicación de carácter obligatorio tanto en el ámbito nacional, como en el internacional. Protección que es ratificada en diversos Tratados, Pactos y Principios Internacionales. Aunado al carácter de LESA HUMANIDAD.** Carácter atribuido tanto por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Pacto de San José, Declaración Universal los Derechos Humanos, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Instrumentos vigentes para la fecha del hecho del cual resultó fallecido el ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGULLOS**". (Resaltado del escrito).

Que "[s]egún se desprende de las actas que integran el presente expediente y según la versión del organismo castrense actuante (no investigada), en fecha **17 DE AGOSTO DE 1965**, el ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS** fue detenido por una comisión de la Dirección General de Policía en la ciudad de Campano y luego trasladado a un sótano que está al lado del Consejo Municipal de dicha ciudad, en la cual permaneció veinte días. En una oportunidad la esposa de **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLO**, Sra. De Burguillos fue hasta la DIGEPOL y le informaron que una comisión lo había trasladado a Cachipo, Estado Monagas, donde se presumía estaba detenido. A pesar que en dos



oportunidades su esposa se traslado a fin de visitarlo, más le informaron que no se encontraba en esa sede. A pesar de haber ido la Sra. Burguillos a Cachipo y no obtener oportuna respuesta, por lo que se trasladó a Campano y el Teniente Ildemaro Sarmiento le informó que CÉSAR AUGUSTO BURGUILLO si estaba en Cachipo, pero lo que pasaba era que estaba incomunicado". (Negritas del escrito).

*Asimismo indican que "[e]s impretermitible advertir que el mismo **Teniente Sarmiento, es señalado e identificado por la Sra. Burguillos como el funcionario que PRACTICÓ LA DETENCIÓN DE SU ESPOSO CÉSAR AUGUSTO BURGUILLO. Y el mismo quien ingresó a su vivienda, la revisó sin mostrar ninguna orden judicial"**. (Negritas del escrito).*

Que "[c]ursan en el expediente copias certificadas de sendos radiogramas el primero de la Dirección de SIFA, de fecha 20-06-1969, mediante el cual informan que no se encuentra en calidad de detenido en ese servicio, ni reposa en los archivos información sobre la detención de esa persona; y el segundo del Centro General de Transmisiones del Ministerio de la Defensa, información secreta OFL 1-2706 mediante el cual informa que no se encuentra detenido CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS en los TOS y que no se tiene información al respecto".

*Que "[e]n fecha veintisiete (27) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) comparece de manera voluntaria al Despacho Juzgado Militar Permanente Militar de Maturín, la ciudadana **CARLA DE BURGUILLOS**, quien manifestó ante el tribunal lo siguiente:*

*'... El día siete de agosto del año en curso mi esposo César Augusto Burguillos, fue **detenido por una comisión de la Dirección General de Policía, en la ciudad de Carúpano y luego trasladado a un sótano que está al lado del Consejo Municipal de dicha ciudad, en el cual permaneció veinte días. En una oportunidad en que fui a DIGEPOL me informaron que una comisión lo había trasladado a Cachipo, Estado Monagas, donde presumo que se encuentre detenido, a pesar que en oportunidades me traslade a dicha ciudad con el fin de visitarlo y se me informó que en ese lugar no se encontraba detenido; la primera vez que fui a Cachipo y luego de regreso a Carúpano me entreviste con un Teniente de apellido Sarmiento, quien me dijo que mi esposo se estaba en Cachipo, pero lo que pasaba era que estaba incomunicado. Debo advertir que este mismo teniente Sarmiento estuvo registrando mi casa el mismo día en que se practicó la detención de mi esposo..."**. (Resaltado del escrito).*

*Que "[e]n fecha [o]cho (08) de [a]bril de [m]il [n]ovecientos [s]etenta (1970), se presenta de manera espontánea ante el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente, la ciudadana **CARLA MARÍA DE MARÍA FINÍ DE BURGUILLOS**, en tal sentido se le toma entrevista en presencia del Juez y del Fiscal Militar y entre otras cosas expuso:*

*'... Me he hecho presente ante este Tribunal a denunciar los hechos que con motivo de la desaparición de **mi esposo CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS** ya con anterioridad lo había hecho por ante la Fiscalía General de la República y al efecto expongo lo siguiente: el día diecisiete de agosto de mil novecientos sesenta y cinco **fue detenido mi esposo por una comisión de la Dirección General de Policía (DIGEPOL) en la ciudad de Campano; detenido como fue mi esposo fue recluido en un sótano que queda al lado del edificio del Concejo Municipal de Campano y allí permaneció por espacio de veinte días. En la oportunidad en que fui a la DIGEPOL en Campano, allí me dijeron que una comisión lo había trasladado al campamento antiguerrillero de Cachipo en jurisdicción de este Estado Monagas. En distintas oportunidades me dirigí a dicho Campamento en solicitud de mi esposo y con el fin de visitarlo y se me informó que allí no se encontraba detenido mi esposo. La primera vez que visite el campamento antiguerrillero de Cachipo en solicitud de mi esposo y habiéndome informado que allí no se encontraba detenido, de regreso a Campano me entrevisté con un Teniente ed apellido SARMIENTO en la***



Oficina de la DIGEPOL, y al requerir de él me dijera donde se encontraba detenido mi esposo, éste me manifestó que mi esposo si se encontraba detenido en el campamento de Cachipo, pero lo que pasaba era que estaba incomunicado (...) SARMIENTO, debo decir, el mismo día que fue detenido mi esposo estuvo registrando mi casa pero no los vi que sacaran nada. He de manifestar asimismo ante este Tribunal que diversas oportunidades en que visité el campamento antiguerrillero de Cachipo, allí me manifestaron que mi esposo no se encontraba detenido allí, pero un soldado, al cual no puedo identificar por no recordarlo, de acuerdo con las características que yo le di de mi esposo me dijo que allí se encontraba detenido un individuo trigueño, de nariz perfilada y pelo canoso; aunque mi esposo es más bien negro y nariz chata, yo me hice la idea que podía ser él ya que el soldado me dijo asimismo que aunque estuviera allí detenido mi esposo ellos tenían prohibido darles tales informaciones. También debo decir que seguidamente de la detención de mi esposo en Campano por miembros de la DIGEPOL, hable con el Jefe de esa oficina señor PEDRO MORA COLMERANES y éste me dijo que mi esposo si estaba detenido ya que estaba implicado en actividades subversivas, pero que yo no lo podía ver hasta tanto no rindiera declaración; después de esto MORA COLMENARES se fue para caracas y siempre con el que yo me entrevistaba para tratar de averiguar el paradero de mi esposo y verlo era con el Teniente SARMIENTO, que a mi entender quedó como jefe de esos servicios. Tienen conocimiento de la detención de mi esposo el Señor CARLOS PESTAÑA, Director de Radio Carúpano para aquella fecha y un locutor de esa mis (sic) Emisora, de apellido MILLAN (sic).. Yo supongo que la detención de mi esposo la practicó el propio Teniente Sarmiento ya que seguidamente, ese mismo día como a las cinco de la tarde se presentó SARMIENTO a registrar mi casa fue con otro individuo; SARMIENTO es un tipo de mediana estatura, contextura regular, de color de piel morena, pelo negro, ondulado, de ojos marrones, grandes, saltones, para aquella fecha de una edad aproximada de treinta años, ese individuo que lo acompañaba a él, era alto, delgado, piel blanca amarillenta, cabellos negros, ojos marrones, nariz perfilada, boca fina, como de unos veinticuatro años de edad. Desde la detención y desaparición de mi esposo he visitado muchos sitios en procura de información acerca de su paradero, tales como La Quinta División de Infantería, Cachipo, La Pica, [c]ampamento antiguerrillero de Úrica en el Estado Lara, hasta que agotados todos los medios opte por hacer la denuncia ante fiscalía General de la República, pero hasta la presente fecha todo ha sido negativo por lo que ruego a este Tribunal ponga su mejor y mayor interés en el esclarecimiento de mi caso ya que como esposa y madre de tres hijos ansío saber si mi esposo en realidad aún está detenido se me informe donde se encuentra y se me dé la oportunidad de verlo. Se me pasó por alto decir que cuando visité el Comando de la Quinta División aquí en Maturín solicitando permiso para visitar la Cárcel de La Pica, una vez que fui allí y me informaron que mi esposo no se encontraba, regrese nuevamente a la Quinta División y allí un Soldado que me atendió, se dirigió al interior del Comando y regreso luego informándome que mi esposo si se encontraba detenido en Cachipo, pero en este campamento siempre me dijeron que allí no se encontraba. Eso es todo cuanto tengo que exponer...' (negrillas nuestras).

Que "[e]n fecha [o]cho (08) de [a]bril de [m]il [n]ovecientos [s]etenta (1970), se presenta de manera espontáneamente ante el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente, la ciudadana **ISABEL BURGUILLOS**, en tal sentido se le toma entrevista en presencia del Juez y del Fiscal Militar y entre otras cosas expuso:

'... Yo soy hermana de **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS** del cual, aun cuando siempre yo he vivido en Caracas, para el día diecisiete de agosto del año [m]il [n]ovecientos [s]esenta y cinco, tuve noticias que mi hermano había sido detenido en esa fecha en la ciudad de Carúpano donde se encontraba trabajando como Maestro Alfabetizador; esa información la recibí mediante telegrama que me envió su esposa (mi cuñada) **CARLA MARÍA DE MARÍA FINÍ DE BURGUILLOS**. Desde esa fecha de la detención de mi hermano su aludida esposa y nosotros sus demás familiares visitamos los distintos sitios donde se nos decía que se encontraba detenido, especialmente el campamento antiguerrillero del Cachipo de este Estado Monagas y nos pusimos en contacto con las diversas autoridades competentes, pero siempre se nos negó la existencia como detenido de mi hermano CÉSAR y transcurrido mucho tiempo sin lograr saber nada de mi hermano y dándolo como desaparecido se hizo la denuncia ante Fiscalía General de la República. Hoy concurro ante este Tribunal a hacer nuevamente la denuncia de la detención de mi hermano CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS por miembros o funcionarios de la anteriormente llamada Dirección General de Policía

VENEZUELA



(DIGEPOL) de Carúpano de los cuales según información de su ya referida esposa, quien efectuó tal detención fue un Teniente de apellido SARMIENTO y es por eso que ruego a este Tribunal se cite a ese señor para que informe acerca de la detención y destino que le dio a la persona de mi hermano, ya que en los actuales momentos mi señora madre, una anciana de setenta y seis años de edad, se encuentra completamente agobiada por lo que ha sufrido al no saber en definitiva del paradero de CÉSAR AUGUSTO, esto si es que aún está vivo y detenido que nos digan donde se encuentra y se nos dé la oportunidad de visitarlo. (...) las características personales y fisonómicas de mi hermano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**: él es un tipo de piel morena, de textura fuerte, como de un metro setenta de estatura, para esta fecha cuenta treinta y seis años de edad, pelo rizado, malo, canoso, cara redonda, nariz chata, ojos pequeños, tiene un lunar de mancha negra en la mejilla derecha, su profesión es la de Maestro y también Locutor, pero últimamente desempeñaba la profesión e Maestro Alfabetizador en la ciudad de Campano. En este acto hago entrega de una fotografía tipo carnet, de mi hermano, para una mejor identificación de él...' (negrillas nuestras)".

Que "[e]n fecha veinticuatro (24) de [n]oviembre de [m]il [n]ovecientos [s]etenta (1970), se trasladó el Tribunal Militar junto con el Fiscal Militar a la ciudad de Campano y se constituyó en el Cuartel, sede de la Comandancia de la Policía Municipal de dicha ciudad y se presentó el ciudadano **EMILIO ANTONIO QUILARTE NUÑEZ (Segundo Comandante de la Policía Municipal de Campano)**, en tal sentido se le toma entrevista en presencia del Juez y del Fiscal Militar y entre otras cosas expuso:

'...en relación al caso que se me pregunta, la detención y posterior desaparición del ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**, no tengo ningún conocimiento, pues, para la fecha que se me señala, 17 de agosto de 1965, yo no desempeñaba ningún cargo en esta Comandancia. Pero para que el Tribunal constate si el aludido ciudadano CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS ingreso como detenido en esta Comandancia de Policía en la fecha ya señalada, pongo a disposición del tribunal los Libros de ['] Filiación de Detenidos['], de ['] Novedades['] correspondientes llevados en esta Comandancia y que reposan en Archivo. (...) OTRA. ¿Diga el declarante si para el año 1965 funcionaba en esta Ciudad de Carúpano otro Reten Policial? CONTESTO: que yo sepa si quedo funcionando un Retén Policial en el local que ocupaba esta Comandancia en la calle Carabobo y según entiendo se recluían a las prostitutas y otros detenidos. OTRA ¿Diga el declarante si tiene conocimiento de que en esta Ciudad de Carúpano funcionaba una oficina de la Dirección [G]eneral de Policía (DIGEPOL) para el año 1965? CONTESTO: Si señor si funcionó para esa época...' (negrillas nuestras)".

Que "[e]n fecha veinticinco (25) de [e]nero de [m]il novecientos [s]etenta [y] [c]uatro (1974) el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín acuerda mantener abierta la averiguación sumarial conforme al artículo 225 del Código de Justicia Militar Decisión que es confirmada en fecha veintiocho de [e]nero de [m]il [n]ovecientos Setenta y Cuatro (28-1-1974) por el Consejo de Guerra Permanente de Maturín. En los términos siguientes:

'... consta por las declaraciones de las ciudadanas CARLA MARÍA DE MARÍA FINÍ DE BURGUILLOS E ISABEL MARTÍNEZ DE BURGUILLOS, que el el año de mil novecientos sesenta y nueve, fue detenido el ciudadano CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS, quien posteriormenmte desapareció sin que su familia lograra informes sobre su paradero; pero sin constar en las actas procesales quien fue el autor o autores



de tal desaparición. Por lo expuesto y de acuerdo a lo establecido en el artículo 225 del Código de Justicia Militar, se ordena mantener abierta la presente averiguación hasta lograr indicios suficientes sobre la responsabilidad de persona o personas en la comisión del delito motivo de esta averiguación. Queda así confirmada en todas sus partes la decisión consultada...". (Subrayado y negritas del escrito).

*Que "[e]n fecha dieciséis (16) de [j]unio de [m]il [n]ovecientos [n]oventa y [o]cho (1998) el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín, dicta decisión mediante la cual **DECLARA EXTINGUIDA POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL LA PRESENTE AVERIGUACIÓN SUMARIAL**, conforme al artículo 206 numeral 7 del Código de Enjuiciamiento Criminal. Terminada la misma aplicable por mandato expreso del artículo 20 del Código de Justicia Militar". (Subrayado y negritas del escrito).*

*Que "[e]n fecha catorce (14) de [a]gosto de [m]il [n]ovecientos [n]oventa y ocho (1998), el Consejo de Guerra Permanente. **DECLARA TERMINADA LA PRESENTE AVERIGUACIÓN SUMARIAL**, por prescripción de la acción penal, instruida sobre la presunta desaparición el ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLO**, según se desprende del oficio Nº PU2-4496 de fecha 30 de mayo de 1969, emanado de la Fiscalía General de la República y consecuentemente conforme al artículo 206 ordinal 7mo del Código de Enjuiciamiento Criminal, aplicable al caso por disposición del artículo 20 del Código de Justicia Militar, y la dicta en los términos siguientes:*

*'... **SEGUNDO** : ' LOS HECHOS: El día veintisiete (27) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), compareció voluntariamente, ante la Fiscalía General de la República de ciudadana **CARLA DE BURGUILLO** a los fines de exponer lo siguiente: '.. El día siete (7) de agosto del año en curso mi esposo **César Augusto Burguillo** fue detenido por una comisión de la Dirección General de Policía, en la ciudad de Carúpano y luego trasladado a un sótano que está al lado del Consejo Municipal de dicha ciudad, en el cual permaneció veinte días. En una oportunidad en que fui a la **DIGEPOL** me informaron que una comisión lo había trasladado a Cachipo. Estado Monagas, donde presumo que se encuentre detenido, a pesar de que en dos oportunidades me traslade a dicha unidas con el fin de visitarlo y se me informó que en ese lugar no se encontraba detenido; la primera vez que fui a Cachipo y luego regreso a Carúpano me entrevisté con un Teniente de apellido Sarmiento, quien me dijo que mi esposo si estaba en Cachipo, pero lo que pasaba era que estaba incomunicado. Debo advertir que este mismo Teniente Sarmiento estuvo registrando mi casa el mismo día en que se practicó la detención de mi esposo...' Los hechos precedentemente narrados se encuentran debidamente comprobados con los siguientes elementos de juicios: **DECLARACIONES TESTIFICALES**: 01 - De la [c]iudadana **CARLA MARÍA DE MARÍA FINÍ DE BURGUILLO**... 02 - De la ciudadana **ISABEL BURGUILLO DE MARTÍNEZ**... 03 - Del ciudadano **EMILIO ANTONIO QUILARTE NUÑEZ**... Estas testificales se les da el valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 290 del Código de Justicia Militar. **INSPECCIÓN OCULAR**. Inspección Ocular practicada en los libros de filiación de detenidos y de novedades, correspondiente al archivo de la Comandancia de la Policía de Campano Estado sucre,... Inspección Ocular que se le da valor conforme al artículo 269 del Código de Justicia Militar. **DOCUMENTOS**: Fotografía tipo carnet, correspondiente al ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**, ... Documento este que se valora de conformidad a lo establecido en el **ARTÍCULO 271** del Código de Justicia*

*Militar. **TERCERO. LA RESPONSABILIDAD**. Ciertamente tal y como lo señala el Tribunal Aquo, los hechos que dieron origen a esta averiguación sumarial ocurrieron en el año 1965, habiendo transcurrido más de veinte (20) años, sin que se hayan tomado alguna de las medidas contempladas en el artículo 441 del Código de Justicia Militar; es evidente igualmente, que ha pasado el tiempo suficiente para que opere la prescripción de la acción penal, conforme a lo pautado en el primer aparte del artículo 438 del mencionado Código Castrense, por tratarse del delito de **REBELIÓN MILITAR**, previsto en el artículo 476 *ibídem* y sancionado en el artículo 479 *eiusdem**

VENEZUELA



(sic), reducida a una tercera parte, conforme al 487 del mismo Código, por estimar que los hechos ilícitos suficientemente comprobados en autos fueron cometidos por civiles. En consecuencia debe declararse terminada la presente averiguación sumarial, por no haber lugar a proseguirla, según el artículo 206 ordinal 7 del Código de Enjuiciamiento Criminal aplicable al caso por disposición supletoria del artículo 20 del Código de Justicia Militar. **DIS-POSITIVA** Por las razones antes expuestas este Consejo de Guerra Permanente de Maturín, administrando Justicia en nombre de la República de Venezuela y por Autoridad de la Ley **DECLARA TERMINADA LA PRESENTE AVERIGUACIÓN SUMARIAL**, por prescripción de la acción penal, instruida sobre la presunta desaparición del ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**, según se desprende del oficio Nº PU-2-4496 de fecha 30 de mayo de 1969, emanado de la Fiscalía General de la República y consecuencialmente conforme al artículo 206 ordinal 7mo del Código de Enjuiciamiento Criminal, aplicable al caso por disposición del artículo 20 del Código de Justicia Militar. **QUEDA EN ESTOS TÉRMINOS CONFIRMA - DA** la decisión consultada por el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín". (Subrayado y negritas del escrito).

Que tal decisión "...en fecha veinticinco (25) de [s]eptiembre de [m]il [n]ovecientos [n]oventa y ocho (1998) **QUEDO DEFINITIVAMENTE FIRME**, tal como se desprende del cómputo que se practicara en el caso por el Consejo de Guerra Permanente, en la mencionada fecha". (Negritas del escrito).

Que "...nos encontramos ante la comisión del delito de **DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS**, perpetrado presuntamente por autoridades de la Dirección General de Policía (DIGEPOL) específicamente tal como señala la víctima indirecta, el Teniente SARMIENTO, quien fue la persona que practicó la detención, se pudo constatar que no es **PUNIBLE** la conducta desplegada por los funcionarios actuantes". (Negritas del escrito).

Que "[a]unque es del conocimiento del Ministerio Público que la Revisión Constitucional no está contemplada como una tercera instancia, no obstante, resulta imprescindible indicar cuáles fueron las actuaciones cursantes en autos o elementos que constituyeron como base para que el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal Superior (Consejo de Guerra) confirmara la decisión en la que se Declara Terminada la Averiguación Sumaria, ello a objeto de determinar el error grotesco a la interpretación de la Constitución e Instrumentos Internacionales suscritos y ratificados por el Estado Venezolano y vigentes para la fecha, y por lo cual sostenemos que fue un proceso simulado y fraudulento. En consecuencia los elementos se señalan de la manera siguiente:

1 - LA DECLARACIÓN DE LA CIUDADANA CARLA MARÍA DE MARÍA FINÍ DE BURGUILLO En fecha veintisiete (27) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) comparece de manera voluntaria al Despacho Tribunal Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín, quien manifestó ante el tribunal lo siguiente:

'... El día siete d e agosto del año en curso mi esposo César Augusto Burguillos, fue detenido por una comisión de la Dirección General de Policía, en la ciudad de Carúpano y luego trasladado a un sótano que está al lado del Consejo Municipal de dicha ciudad, en el cual permaneció veinte días. En una oportunidad en que fui a DIGEPOL me informaron que una comisión lo había trasladado a Cachipo, Estado Monagas, donde presumo que se encuentre detenido, a pesar que en oportunidades me traslade a dicha ciudad con el fin de visitarlo y se me informó que en ese lugar no se encontraba detenido; la primera vez que fui a Cachipo y luego de regreso a Carúpano me entreviste con un Teniente de apellido Sarmiento, quien me dijo que mi esposo se estaba en Cachipo, pero lo que pasaba era que estaba incomunicado. Debo advertir que este mismo teniente Sarmiento estuvo registrando mi casa el mismo día en que se practicó la detención de mi esposo. ..." (Negrillas nuestras).

VENEZUELA



En fecha Ocho (08) de [a]bril de [m]il [n]ovecientos [s]etenta (1970), se presenta de manera espontánea ante el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente, la ciudadana **CARLA MARÍA DE MARÍA FINÍ DE BURGUILLOS**, en tal sentido se le toma entrevista en presencia del Juez y del Fiscal Militar y entre otras cosas expuso:

'... Me he hecho presente ante este Tribunal a denunciar los hechos que con motivo de la desaparición de mi esposo CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS ya con anterioridad lo había hecho por ante la Fiscalía General de la República y al efecto expongo lo siguiente: el día diecisiete de agosto de mil novecientos sesenta y cinco fue detenido mi esposo por una comisión de la Dirección General de Policía (DIGEPOL) en la ciudad de Carúpano; detenido como fue mi esposo fue recluido en un sótano que queda al lado del edificio del Concejo Municipal de Carúpano y allí permaneció por espacio de veinte días. En la oportunidad en que fui a la DIGEPOL en Carúpano, allí me dijeron que una comisión lo había trasladado al campamento antiguerrillero de Cachipo en jurisdicción de este Estado Monagas. En distintas oportunidades me dirigí a dicho Campamento en solicitud de mi esposo y con el fin de visitarlo y se me informó que allí no se encontraba detenido mi esposo. La primera vez que visite el campamento antiguerrillero de Cachipo en solicitud de mi esposo y habiéndoseme informado que allí no se encontraba detenido, de regreso a Carúpano me entrevisté con un Teniente de apellido SARMIENTO en la Oficina de la DIGEPOL, y al requerir de él me dijera donde se encontraba detenido mi esposo, éste me manifestó que mi esposo si se encontraba detenido en el campamento de Cachipo, pero lo que pasaba era que estaba incomunicado (...) SARMIENTO, debo decir, el mismo día que fue detenido mi esposo estuvo registrando mi casa pero no los vi que sacaran nada. He de manifestar asimismo ante este Tribunal que diversas oportunidades en que visité el campamento antiguerrillero de Cachipo, allí me manifestaron que mi esposo no se encontraba detenido allí, pero un soldado, al cual no puedo identificar por no recordarlo, de acuerdo con las características que yo le di de mi esposo me dijo que allí se encontraba detenido un individuo trigueño, de nariz perfilada y pelo canoso; aunque mi esposo es más bien negro y nariz chata, yo me hice la idea que podía ser él ya que el soldado me dijo asimismo que aunque estuviera allí detenido mi esposo ellos tenían prohibido darles tales informaciones. También debo decir que seguidamente de la detención de mi esposo en Carúpano por miembros de la DIGEPOL, hable con el Jefe de esa oficina señor PEDRO MORA COLMERANES y éste me dijo que mi esposo si estaba detenido ya que estaba implicado en actividades subversivas, pero que yo no lo podía ver hasta tanto no rindiera declaración; después de esto MORA COLMENARES se fue para Caracas y siempre con el que yo me entrevistaba para tratar de averiguar el paradero de mi esposo y verlo era con el Teniente SARMIENTO, que a mi entender quedó como jefe de esos servicios. Tienen conocimiento de la detención de mi esposo el Señor CARLOS PESTAÑA, Director de Radio Carúpano para aquella fecha y un locutor de esa mis (sic) Emisora, de apellido MILLAN (sic). Yo supongo que la detención de mi esposo la practicó el propio Teniente Sarmiento ya que seguidamente, ese mismo día como a las cinco de la tarde se presentó SARMIENTO a registrar mi casa fue con otro individuo; SARMIENTO es un tipo de mediada (sic) estatura, contextura regular, de color de piel morena, pelo negro, ondulado, de ojos marrones, grandes, saltones, para aquella fecha de una edad aproximada de treinta años, ese individuo que lo acompañaba a él, era alto, delgado, piel blanca amarillenta, cabellos negros, ojos marrones, nariz perfilada, boca fina, como de unos veinticuatro años de edad. Desde la detención y desaparición de mi esposo he visitado muchos sitios en procura de información acerca de su paradero, tales como La Quinta División de Infantería, Cachipo, La Pica, Campamento antiguerrillero de Úrica en el Estado Lara, hasta que agotados todos los medios opte por hacer la denuncia ante fiscalía General de la República, pero hasta la presente fecha todo ha sido negativo por lo que ruego a este Tribunal ponga su mejor y mayor interés en el esclarecimiento de mi caso ya que como esposa y madre de tres hijos ansio saber si mi esposo en realidad aún está detenido se me informe donde se encuentra y se me dé la oportunidad de verlo. Se me pasó por alto decir que cuando visité el Comando de la Quinta División aquí en Maturín solicitando permiso para visitar la Cárcel de La Pica, una vez que fui allí y me informaron que mi esposo no se encontraba, regrese nuevamente a la Quinta División y allí un Soldado que me atendió, se dirigió al interior del Comando y regreso luego informándome que mi esposo si se encontraba detenido en Cachipo, pero en este campamento siempre me dijeron que allí no se encontraba. Eso es todo cuanto tengo que exponer...' (negrillas nuestras).

2 - LA DECLARACIÓN DE LA CIUDADANA ISABEL BURGUILLOS DE MARTÍNEZ, de fecha



Ocho (08) de [a]bril de [m]il [n]ovecientos [s]etenta (1970), rendida ante el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente, entre otras cosas expuso:

'... Yo soy hermana de CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS del cual, aun cuando **siempre yo he vivido en Caracas, para el día diecisiete de agosto del año Mil Novecientos Sesenta y cinco, tuve noticias que mi hermano había sido detenido en esa fecha en la ciudad de Carúpano donde se encontraba trabajando como Maestro Alfabetizador; esa información la recibí mediante telegrama que me envió su esposo (mi cuñada) CARLA MARÍA DE MARÍA FINÍ DE BURGUILLOS. Desde esa fecha de la detención de mi hermano su aludida esposa y nosotros sus demás familiares visitamos los distintos sitios donde se nos decía que se encontraba detenido, especialmente el campamento antiguerrillero del Cachipo de este Estado Monagas y nos pusimos en contacto con las diversas autoridades competentes, pero siempre se nos negó la existencia como detenido de mi hermano CÉSAR y transcurrido mucho tiempo sin lograr saber nada de mi hermano y dándolo como desaparecido se hizo la denuncia ante Fiscalía General de la República. Hoy concurre ante este Tribunal a hacer nuevamente la denuncia de la detención de mi hermano CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS por miembros o funcionarios de la anteriormente llamada Dirección General de Policía (DIGEPOL) de Carúpano de los cuales según información de su ya referida esposa, quien efectuó tal detención fue un Teniente de apellido SARMIENTO y es por eso que ruego a este Tribunal se cite a ese señor para que informe acerca de la detención y destino que le dio a la persona de mi hermano, ya que en los actuales momentos mi señora madre, una anciana de setenta y seis años de edad, se encuentra completamente agobiada por lo que ha sufrido al no saber en definitiva del paradero de CÉSAR AUGUSTO, esto si es que aún está vivo y detenido que nos digan donde se encuentra y se nos dé la oportunidad de visitarlo. (...) las características personales y fisionómicas de mi hermano CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS: él es un tipo de piel morena, de contextura fuerte, como de un metro setenta de estatura, para esta fecha cuenta treinta y seis años de edad, pelo rizado, malo, canoso, cara redonda, nariz chata, ojos pequeños, tiene un lunar de mancha negra en la mejilla derecha, su profesión es la de Maestro y también Locutor, pero últimamente desempeñaba la profesión e Maestro Alfabetizador en la ciudad de Carúpano. **En este acto hago entrega de una fotografía tipo carnet, de mi hermano, para una mejor identificación de él...**' (Negrillas nuestras).**

3.- LA DECLARACIÓN DEL CIUDADANO EMILIO ANTONIO QUILARTE NUÑEZ SEGUNDO COMANDANTE DE LA POLICÍA MUNICIPAL (sic) DE CARÚPANO. Rendida en fecha veinticuatro (24) de [n]oviembre de [m]il [n]ovecientos [s]etenta (1970), ante el Tribunal Militar junto con el Fiscal Militar a la ciudad de Carúpano y se constituyó en el Cuartel, y entre otras cosas expuso:

'...en relación al caso que se me pregunta, la detención y posterior desaparición del **ciudadano CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS, no tengo ningún conocimiento, pues, para la fecha que se me señala, 17 de agosto de 1965, yo no desempeñaba ningún cargo en esta Comandancia. Pero para que el Tribunal constate si el aludido ciudadano CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS ingreso como detenido en esta Comandancia de Policía en la fecha ya señalada, pongo a disposición del tribunal los Libros de 'Filiación de Detenidos', de 'Novedades' correspondientes llevados en esta Comandancia y que reposan en Archivo. (...) OTRA. ¿Diga el declarante si para el año 1965 funcionaba en esta Ciudad de Campano otro Reten Policial? CONTESTO (sic): que yo sepa si quedo funcionando un Retén Policial en el local que ocupaba esta Comandancia en la calle Carabobo y según entiendo se recluirán a las prostitutas y otros detenidos. OTRA ¿Diga el declarante si tiene conocimiento de que en esta Ciudad de Carúpano funcionaba una oficina de la Dirección general de Policía (DIGEPOL) para el año 1965? CONTESTO (sic): Si señor si funcionó para esa época...'**

4.- LA INSPECCIÓN OCULAR practicada a los Libros de Novedades y Filiación de detenidos, llevados en la Policía Municipal de Campano, en la cual se dejó constancia que no hay ningún asiento que refleje la detención de CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS, lo cual es totalmente lógico pues él no fue detenido por la Policía Municipal de Carúpano sino por funcionarios de la DIGEPOL.

5.- LA FOTOGRAFÍA TIPO CARNET DE CESAU AUGUSTO BURGUILLOS. consignada por la señora ISABEL BURGUILLOS, hermana de CÉSAR

VENEZUELA



AUGUSTO BURGUILLO, fue valorada como elemento en su contra en el Delito de REBELIÓN MILITAR, para sobreeserlo por la Desaparición forzada de su persona".

Que "[d]e los elementos antes transcritos se evidencia claramente que la denunciante así como la hermana de CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS, aportaron claramente nombres de los responsables de su Desaparición, de testigos del hecho, informaron el lugar donde se encontraba la victima detenida, pero nunca fueron investigados esas personas ni realizadas diligencias para esclarecer de manera objetiva el hecho. Todo lo cual evidencia el fraude procesal en el caso de marras. Todas estas incógnitas deberían haber sido analizadas y explanadas en la decisión que genera COSA JUZGADA; debieron haber sido objeto de la investigación, pero siendo que la investigación fue un mero trámite y que no se realizó a cabalidad ni con profundidad es por ello que sostenemos que el proceso que conllevó a la decisión que le puso fin a la investigación se encuentra viciada y que violó la interpretación y la constitución del momento que ordenaba la protección de la vida como derecho absoluto y positivo".

*Que "[p]artiendo de la premisa, ciudadanos [m]agistrados (supuesto negado, vista la precaria investigación realizada) por los ciudadanos jueces que la victima hubiere cometido algún hecho punible, que amentara su detención, ello no justificaba la actuación de los Funcionarios de la DIGEPOL, específicamente en la persona del **Teniente Sarmiento**, quien practicó su detención y la revisión de su vivienda; no obstante se negó en todo momento a dar información sobre su paradero. De manera que NO está justificada la reacción con la magnitud del daño causado a la víctima quién de haber cometido algún delito debió ser puesto a la orden de su Juez natural para resolver su situación jurídica. Es importante destacar que la víctima no era bandolero como lo estigmatizaron en las actuaciones, pues tal como lo indicaron sus familiares era Maestro Alfabetizador y Locutor, quien además de enseñar y contribuir con el crecimiento del país tenía un programa de radio". (Negritas del escrito).*

Que "...pareciera que en Venezuela, en esa época, había una patente de corso o autorización a los funcionarios para [d]esaparecer, dar muerte, y peor aún los administradores de justicia no cumplían con su sagrado deber de investigar, pues conforme al sistema vigente para la fecha, era inquisitivo, es decir el Juez investigaba y decidía a la vez, en la investigación las testigos hicieron señalamientos serios y directos sobre funcionarios de la DIGEPOL que nunca fueron llamados a declarar, ni investigados, y lo que fue peor la victima (sic) fue señalado de autor del delito de REBELIÓN MILITAR, pero no fue juzgado por ello; sino desaparecido. Tal como se evidencia en actas; ello aunado a que sobre la base de la nada se declaró la prescripción de la acción penal del delito de Desaparición Forzada, lo que es contrario a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico para la fecha, pues NO era ajeno la protección de los derechos humanos, con distintos Tratados y Pactos Internacionales, donde la misma Constitución ordenaba su protección".



Que "...no entiende el Ministerio Público, como los jueces no investigaron al **Teniente Ildemaro Sarmiento**, funcionario de la DIGEPOL; pues fue señalado directamente por la esposa de la víctima como la persona quien practicó su detención y negó en todo momento dar información sobre su paradero, al funcionario de la DIGEPOL PEDRO MORA COLMENARES, quien tenía conocimiento de la detención de CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS más no permitió que la víctima pudiera ejercer sus derechos como detenido, por la presunta comisión del delito de REBELIÓN MILITAR, e identificar al resto de los funcionarios que actuaron en este hecho atroz". (Negritas del escrito).

Que "...es importante destacar que el Juez tampoco ubicó ni citó y no de tomo declaración a las personas señaladas por la esposa de la víctima identificadas como CARLOS PESTAÑA, quien era el Director de Radio Carúpano, al Locutor de apellido MILLAN, también locutor de Radio Campano. Emisora donde laboraba el desaparecido CÉSAR AUGUSTO BURGUILLO".

Que "[f]ue realmente desproporciona! la investigación pues se entrevistó al funcionario EMILIO ANTONIO QUILARTE NUÑEZ (sic), quien era el Segundo Comandante de la Policía Municipal de Carúpano, declaración que fue tomada como bastión para afirmar que no eran fundadas las denuncias de los familiares de CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS. Pero lo que llamó la atención es que en ningún momento se dijo ni siquiera por referencias que la detención de CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS la hubiere practicado algún funcionario de esa Policía, pues siempre se afirmó que era la DIGEPOL en la persona del Teniente SARMIENTO, por lo que no se explica cómo se le da valor a esa declaración y se toma como fundamento cuando no guarda relación con los hechos que ocupaban al Órgano Jurisdiccional para la fecha".

Que "...fue tomada como prueba la Inspección Ocular practicada a los Libros de la Policía Municipal de Carúpano, entiéndase [']Libros de Novedades['] y [']Filiación de Detenidos[']; libros que obviamente no guardaban relación alguna con el caso, pues ese sitio no aparece señalado como lugar de detención. Interesante hubiera sido pedir a la Oficina de la DIGEPOL de Carúpano esos mismos controles, o al campamento antiguerrillero de Cachipo, de Piar, para verificar si existían registros para la fecha de la detención de la víctima. **Tampoco se investigó** ni Inspeccionó los Sótanos que estaban ubicados al lado del edificio del Consejo Municipal de Carúpano, pues ese sitio fue señalado directamente por la denunciante CARLA MARÍA (sic) DE MARÍA (sic) FINÍ DE BURGUILLOS, como el sitio en el cual su esposo CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS estuvo detenido por veinte (20) días, y de allí fue y trasladado al [c]ampamento antiguerrillero de Cachipo en el Estado Monagas, lugar que tampoco fue Inspeccionado. Todo lo cual, se desprende del contenido de la entrevista de la señora de Burguillos, de fecha 27 de octubre de 1965. Se cita extracto de la misma:

"... mi esposo César Augusto Burguillos, fue detenido por una comisión de la Dirección General de Policía, en la ciudad de Carúpano y luego trasladado a un sótano que está al lado del Consejo Municipal de dicha ciudad, en el cual permaneció veinte días. En una oportunidad en que fui



a DIGEPOL me informaron que una comisión lo había trasladado a Cachipo, Estado Monagas, donde presumo que se encuentre detenido, a pesar que en oportunidades me traslade a dicha ciudad con el fin de visitarlo y se me informó que en ese lugar no se encontraba detenido...". (Negritas del escrito).

Que "...en declaración tomada en fecha posterior la señora CARLA MARIA (sic) DE MARIA (sic) FINÍ DE BURGUILLOS, señaló:

'... de regreso a Carúpano me entrevisté con un Teniente de apellido SARMIENTO en la Oficina de la DIGEPOL, y al requerir de él me dijera donde se encontraba detenido mi esposo, éste me manifestó que mi esposo si se encontraba detenido en el campamento de Cachipo, pero lo que pasaba era que estaba incomunicado...". (Negritas del escrito).

Que "...al analizar los precedentes y viciados actos de investigación, así como los desaciertos en la investigación se evidencia la materialización de serias contradicciones existentes entre las deposiciones de los testigos, y el curso dado a la investigación, como por ejemplo el investigar a un órgano policial distinto al señalado por la víctima indirecta CARLA MARIA (sic) DE MARIA (sic) FINÍ DE BURGUILLOS"

Que "...llama poderosamente la atención, que no existe información alguna diligencias practicadas en los sitios señalados por la esposa y víctima indirecta CARLA MARIA (sic) DE MARIA (sic) FINÍ DE BURGUILLOS, no se practicó Inspección Ocular en el Sótano ubicado en el edificio de al lado del Edificio del Consejo Municipal, ni en el campamento Antiguerrillero de Cachipo, ni en el Piar. **No se hizo ni la búsqueda de la persona viva ni se intentó ubicar sus restos humanos, tampoco hay experticia alguna que denote su muerte, además de ello, que no se citó al testigo de la detención irregular y arbitraria de CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS, como lo eran el señor CARLOS PESTAÑA, ni al locutor MILLAN (sic), ni Inspección y menos fijaciones fotográficas del lugar exacto donde ocurrieron los hechos, en la Emisora Radio Carúpano; todo ello indica indiscutiblemente que la investigación fue un mero trámite no caracterizada precisamente por una pesquisa transparente, ni tampoco hubo una decisión imparcial". (Negritas del escrito).**

Que "...la figura del proceso considerado como un conjunto concatenado y coordinado de actos procesales realizado por los órganos jurisdiccionales, quienes encarnan al Estado, tendentes a resolver los conflictos de la colectividad, mediante la aplicación de la Ley de forma pacífica y coactiva, ejercido como una función pública para solucionar los conflictos surgidos entre los justiciados, **se ve tergiversada tomando en consideración que se evidencia que la investigación realizada se encuentra totalmente amañada al ser meramente superficial, inmersa en intereses distintos al esclarecimiento de la verdad, contrarios a la objetividad que debe poseer una investigación e inmersos en una profunda subjetividad, no puede ser tomado en cuenta como un acto propio del Estado ya que no contó con un proceso reglado o regulado compuesto por principios de justicia, igualdad, imparcialidad, transparencia, lealtad,**



probidad, siendo garantía de todos los ciudadanos según lo dispone el texto fundamental en el artículo 26 de nuestra constitución vigente". (Negritas del escrito).

Con ocasión a la decisión del Tribunal, alegaron que "...[les] llama poderosamente la atención que el mismo solo haga alusión a que está demostrada la desaparición de la víctima e indica que por las razones antes expuestas se impone al Juzgador, la obligación legal de declarar terminada la presente averiguación sumarial por no haber lugar a perseguirla, ya que los hechos que motivaron la misma no revisten caracteres de punible y así se declara en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de conformidad con lo previsto en el ordinal segundo del artículo 206 del Código de Enjuiciamiento Criminal, aplicable, en el presente caso por imperativo mandato del artículo 20 del Código de Justicia Militar, lo que causa extrañeza es que nunca se indicó donde pudo haber estado **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**, tampoco hay Inspecciones Oculares de los sitios señalados por la esposa de la víctima, señora Carla María de María Fini de Burguillo, ni se pidió información sobre los registros y controles de detenidos en esos sitios; y para posteriormente, justificar la decisión se pidió información a la Policía Municipal de Carúpano. Organismo que no guardaba relación alguna con la investigación, pues nunca fue señalado por los familiares como actuantes en el hecho de la desaparición de **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**. Dejando impune un delito de **LESA HUMANIDAD**...". (Resaltado del escrito).

Que "...el Tribunal Confirmó la decisión emanada por el Tribunal de Primera Instancia, tomando en consideración y realizando la reproducción total del fallo, sin verificar que la investigación realizada fue simplemente un simulacro, ya que no se buscó ningún elemento real para verificar si los hechos ocurrieron como lo señalaron los testigos, lo que hace presumir que los jueces de la Jurisdicción Militar no le pasó por inadvertida la situación sino que con la intención de que la investigación culminara de dicha manera confirman en toda y cada una de sus partes la decisión del Tribunal de Instancia".

Que "...ninguno de los dos Tribunales hizo mención a la cantidad de orificios que presentaba la víctima, tampoco pudieron señalar una explicación racional que justificara donde se encuentra el cuerpo de la víctima, todo lo cual viene a significar un proceso amañado y muy lejano a la expectativa constitucional del momento que garantizaba en el artículo 58 el Derecho a la Vida. Es importante destacar que conforme a la Constitución vigente para la época, con este hecho abominable se vulneraron los **Derechos a la Vida**, (artículo 58), **Libertad Personal**, (artículo 60.1 y 60.2) **Integridad** (sic) **Física**, **Prohibición de ser incomunicado** (artículo 60.3). **no Discriminación** (artículo 61), **Derecho a la Defensa**, (artículo 60.1) **Ser Oído en tiempo hábil y oportuno por su Juez natural**, (artículo 60.1), inviolabilidad del Hogar Doméstico (artículo 62) Derecho a la Verdad (artículo 67), derechos todos éstos que están reconocidos en los Pactos y Tratados

VENEZUELA



Internacionales que para la fecha ya había Ratificado el Estado Venezolano". (Negritas del escrito).

Que '*...la razón por la cual dichas decisiones no toman en cuenta lo ya manifestado por el Ministerio Público y lo cual evidencia la inmotivación o silencio sobre dichos aspectos y la contradicción entre la información aportada por los testigos y el rumbo de las diligencias practicadas las cuales no guardaban relación con el caso, así como el silencio que hubo en la práctica de las que si eran pertinentes, CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS fue detenido por funcionarios de la DIGEPOL, entre ellos el **Teniente ILDEMARO SARMIENTO**, que fue llevado a los sótanos del edificio que está al lado del Consejo Municipal donde permaneció por espacio de veinte días y luego trasladado presuntamente al **campamento antiguerrillero de Cachipo**, según lo informado por el **Teniente ILDEMARO SARMIENTO** y el **Señor PEDRO MORA COLMENARES**, para demostrar que ciertamente demuestran la víctima fue objeto de una **DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS**, desconociendo su destino final. **Ajusticiada**. El hecho que no hayan entrevistado ningún testigo que avalara la versión contradictoria e ilógica de los funcionarios, por lo que consideramos que dicha omisión en la investigación deviene a un manifiesto interés o [']dolo['] ante un [']fraude procesal[']". (Negritas del escrito).*

Que "*... que en el presente caso, solo se investigó lo que convenía, se obvió tomar en consideración magnitud y desproporción del actuar de los funcionarios y situaciones ya mencionadas anteriormente que (...) indican un proceso que para la fecha estaba orientado precisamente a darle carácter de cosa juzgada a situaciones de hecho cometidas por el gobierno del momento en aras de su impunidad, siendo que se ejecutaban con el consentimiento del Estado".*

Que "*...en el presente caso se inicia una investigación, se trata de justificar la muerte de un ciudadano con una investigación que a todas luces evidencia la intención de que no se descubra absolutamente nada, por ello nada se menciona de la cantidad de disparos que recibió la víctima, ni tampoco se menciona la trayectoria de los mismos".*

Que "*...[en] el momento procesal de la época, los hechos históricos reflejan [que] era el mismo gobierno que vulneraba y perseguía a los que consideraban una amenaza para la estabilidad política, pero se aseguraban de controlar la administración de justicia y las resultas de un proceso aparente, lo que conlleva por no existir otro mecanismo idóneo a solicitar lo conducente en el presente escrito".*

Que "*...de conformidad con lo establecido en el artículo 336 ordinal 10º, de la **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**, solicita[n] la **REVISIÓN CONSTITUCIONAL**, de las (sic) decisión proferida por el **Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín de fecha 16 de [j]unio de 1998 que res[olvió] DECLARAR TERMINADA (...) AVERIGUACIÓN SUMARIAL conforme a lo pautado en***



*el artículo 206, ordinal 2° del Código de Enjuiciamiento Criminal (Hoy derogado), por aplicación imperativa del artículo 20 del Código de Justicia Militar, siendo CONFIRMADA por el CONSEJO DE GUERRA PERMANENTE DE CARACAS, en fecha 14 de agosto de 1998, por lo que, estando **DEFINITIVAMENTE FIRME**, en fecha 25 de septiembre de 1998, y habiéndose agotado la doble instancia, no pueden atacarse mediante el ejercicio de ninguno de los recursos procesales ordinarios existentes". (Negritas del escrito).*

*Que "...son decisiones que prima facie son inatacables, estables, inmutables e inmodificables, que han adquirido la autoridad de cosa juzgada y de las cuales se vislumbra **UN ERROR GROTESCO AL HABER OBVIADO POR COMPLETO LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA EN LO CONCERNIENTE A PRINCIPIOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES** (para el momento de la decisión), así como al silenciar los Tratados, Pactos o Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos...". (Negritas del escrito).*

*Que "...el hecho denunciado ha sido considerado como una **VIOLACIÓN GRAVE A LOS DERECHOS HUMANOS** y, específicamente el delito de **DESAPARICIÓN FORZADA**, perpetrado por funcionarios del Estado Venezolano, al no haber existido una investigación objetiva, imparcial, transparente, realizada por funcionarios del Ejército de las Fuerzas Armadas y cuyos indiciados para la fecha, al analizar la investigación se vislumbra la subjetividad y parcialidad manifiesta, que además de ello, según el bandolero estaba armado, pero nunca le realizaron experticias a las armas y municiones que según la versión de los funcionarios actuantes tenían en su poder y eso fue suficiente para avalar el crimen cometido bajo la apariencia de una muerte justificada...". (Negritas del escrito).*

*Que "...que vista la magnitud y gravedad del caso in comento, considerado como un delito de **LESA HUMANIDAD**, es por lo que se eleva a la consideración (...) la posibilidad de revisar en uso de su atribución exclusiva y excluyente, como supremo guardián de la constitucionalidad, la interpretación que le fue dada a la normativa vigente para la fecha de los hechos en desmedro de la Constitución, de los Tratados, Pactos y Principios Internacionales y normas **IUS COGENS**. Asimismo, el artículo 19 de la Ley para sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por razones políticas en el período 1958-1998...". (Negritas y subrayado del escrito).*

*Que "...considera[n] necesario ciudadanos magistrados que sea valorado, entre otros aspectos, **la gravedad del presunto hecho como lo es la afectación del derecho a la vida, siendo considerado como el único derecho que es absoluto...**". (Negritas del escrito).*

Que "...si analizamos los elementos que cursan en la presente causa, las declaraciones de los testigos (esposa y hermana de la víctima) no fueron nunca



*verificados en sus contextos, ni investigados esos hechos denunciados, lo que (...) indica que no hubo investigación sumarial como tal, con la información aportada por los familiares de **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**, se evidencia la alevosía de los funcionarios de la **DIGEPOL**, al cometer la desaparición forzada de la víctima **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**, lo cual conlleva a determinar la gravedad del caso (...) motivado a fines políticos (...) contraviniendo los derechos constitucionales, tratados, convenios o pactos internacionales, que se refieren a la obligación por parte de los Estados de protección a los Derechos Humanos de todo ciudadano y en [este] caso (...) la simulación de un presunto enfrentamiento para justificar la [d]esaparición forzada y darle una apariencia de legalidad jurídica...". (Negritas del escrito).*

Que "...considera[n] la procedencia de la presente revisión constitucional de la sentencia firme emanada por el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín, confirmada por el Consejo de Guerra Permanente de Caracas, todo lo cual configura la inobservancia grotesca de **normas de rango Constitucional, de los Tratados y Convenios Internacionales y de las normas internacionales "Ius Cogens" que están por encima de las voluntades estatales**". (Negritas del escrito).

Que "... [el] Tribunal (...) obvió mencionar circunstancias relevantes que se pueden distinguir con un simple análisis de la presente causa, tal como:

*Los hechos denunciados por la esposa de **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**, Señora Carla de Burguillos, nunca fueron investigados, ya que ella señaló de manera contundente que el **Teniente ILDEMARO SARMIENTO** práctico (sic) la detención de su esposo en Carúpano presume en las adyacencias de la Radio Carúpano, donde tenía un programa de Radio, por lo que se debió:*

- Entrevistar al Teniente Sarmiento en relación a ese señalamiento.*
- Realizar Inspección Ocular en la Radio Carúpano, en búsqueda de evidencias.*
- Pedir información a Radio Carúpano para verificar que efectivamente laboraba en esa Emisora.*
- Entrevistar a las personas que estuvieron en la Emisora al momento de la detención de **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**. Especialmente a **CARLOS PESTAÑA**, quien era Director de la Radio y al locutor **MILLAN**.*
- Igualmente la denunciante indico que sobre la detención tenían conocimiento a **PEDRO MORA COLMENARES**, Jefe de la **DIGEPOL Carúpano**, pues éste le afirmó que efectivamente **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS** estaba detenido en el Campamento Antigüerrillero Cachipo, pero que estaba incomunicado hasta tanto declarara. Esta persona era vital entrevistarla para que aportara información de interés. Y tampoco se hizo.*
- Debió practicarse Inspección Ocular en el Campamento Antigüerrillero Cachipo.*
- Verificarse los posibles libros llevados en ese campamento, así como los controles de personas detenidas. Pero nada de ello se realizó. Aunque si fue aportada la información por la denunciante".*



Que “[a]l hacer un análisis de la decisión dictada por el Tribunal Superior, se observa que de manera inverosímil como en la decisión del Consejo de Guerra Permanente de fecha 14 de agosto de 1998, se deja en evidencia que por el transcurso del tiempo, más de veinte años, ha operado la prescripción de la acción penal en lo que respecta al delito de REBELIÓN MILITAR, delito atribuido al desaparecido **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**, por lo que en consecuencia se declaró Terminada la Averiguación Sumarial; no obstante existe una flagrante **CONTRADICCIÓN** pues en la dispositiva de la misma decisión señala que se **DECLARA TERMINADA LA PRESENTE AVERIGUACIÓN SUMARIAL**, instruida sobre la presunta desaparición del ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS Y CONFIRMA LA DECISIÓN CONSULTADA**. De lo antes expuesto se evidencia que **NUNCA** se investigó la desaparición de **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLO**, y que si efectivamente está señalado en una causa por **REBELIÓN MILITAR**, lo cual lo enmarca en la condición de adversario político, requisito sine qua non de la fecha para ser objeto de desapariciones forzadas o asesinatos con todas las violaciones a los Derechos Humanos que ello pudiera conllevar”. (Subrayado y negritas del escrito).

Que “[e]l Consejo de Guerra Permanente de Maturín, lo hace de la manera siguiente:

“... **TERCERO. LA RESPONSABILIDAD**

Ciertamente tal y como lo señala el Tribunal Aquo, los hechos que dieron origen a esta averiguación sumarial ocurrieron en el año 1965, habiendo transcurrido más de veinte (20) años, sin que se hayan tomado alguna de las medidas contempladas en el artículo 441 del Código de Justicia Militar; es evidente igualmente, que ha pasado el tiempo suficiente para que opere la prescripción de la acción penal, conforme a lo pautado en el primer aparte del artículo 438 del mencionado Código Castrense, por tratarse del delito de **REBELIÓN MILITAR**, previsto en el artículo 476 ibidem y sancionado en el artículo 479 ejusdem, reducida a una tercera parte, conforme al 487 del mismo Código, por estimar que los hechos ilícitos suficientemente comprobados en autos fueron cometidos por civiles. En consecuencia debe declararse terminada la presente averiguación sumarial, por no haber lugar a proseguirla, según el artículo 206 ordinal 7 del Código de enjuiciamiento Criminal aplicable al caso por disposición supletoria del artículo 20 del Código de Justicia Militar.

DISPOSITIVA

Por las razones antes expuestas es[e] Consejo de Guerra Permanente de Maturín, administrando Justicia en nombre de la República de Venezuela y por Autoridad de la Ley **DECLARA TERMINADA LA PRESENTE AVERIGUACIÓN SUMARIAL**, por prescripción de la acción penal, instruida sobre la presunta desaparición del ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**, según se desprende del oficio Nº PU-2-4496 de fecha 30 de mayo de 1969, emanado de la Fiscalía General de la República y consecuentemente conforme al artículo 206 ordinal 7mo del Código de Enjuiciamiento Criminal,

VENEZUELA



*aplicable al caso por disposición del artículo 20 del Código de Justicia Militar. Queda en estos términos **C O N F I R M A - D A** (s i c) la decisión consultada por el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín....' (negritas nuestras)".*

Que se observa "...como el Consejo de Guerra Permanente como Juzgado Superior, incumplió con la obligación de tutelar efectivamente los derechos del justiciable mediante el dictamen de un fallo motivado y sólo se limitó a copiar o reproducir lo señalado por el Tribunal de Instancia, ante un proceso que contiene una pugna de intereses que persigue la solución definitiva del conflicto mediante una sentencia o auto interlocutorio con fuerza definitiva que explique con bases sólidas y con la intención de un convencimiento que asegura la paz social y jurídica de una nación, pero que solo se logra con una decisión motivada".

*Que "...la decisión del Consejo de Guerra Permanente **FALTA DE MOTIVACIÓN**, siendo que el Tribunal confirmó la decisión sin señalar los motivos que sustentaron la decisión, que le puso fin a la presente investigación y que trajo como consecuencia **COSA JUZGADA**, simplemente deja reproducida la decisión de instancia y la confirma, pero no analiza absolutamente nada...". (Negritas del escrito).*

*Que "...considera[n] que la decisión emanada por el **Consejo de Guerra Permanente, de fecha 14 de agosto de 1998**, no escapa de la obligación de todo Juzgador de motivar sus fallos, todo ello a objeto de exteriorizar los argumentos y consideraciones que tomó el Tribunal para decidir al administrar justicia...". (Negritas y subrayado del escrito).*

*Que "...se evidencia la extrema gravedad (...) al ir en detrimento del bien jurídico tutelado considerado como el único que es Absoluto, tal como lo es la vida, perpetrado por funcionarios del Estado Venezolano, en desatención de las Normas del **IUS COGENS**, normas fundamentales del ordenamiento jurídico internacional, necesarias para su propia existencia que son principalmente los tratados y la costumbre internacional".*

*Que "...**constituye una lesión al derecho a la vida, consagrado en el artículo 58 de la Constitución Nacional vigente para el momento de los hechos, la de 1961 y del artículo 50 del mismo texto fundamental, ya que su protección es de interés mundial por tratarse de violaciones a los derechos humanos, sin embargo el Tribunal Superior, no señaló absolutamente nada en su decisión que justificara la Confirmatoria de la decisión de Primera Instancia, lo que constituye una evidente arbitrariedad**". (Negritas y subrayado del escrito).*

En virtud de los argumentos esgrimidos, solicitaron:

*"**PRIMERO:** Que sea admitida la **REVISIÓN CONSTITUCIONAL**, de la sentencia que se impugna en la presente solicitud de conformidad con lo establecido en el artículo 336 ordinal 11 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuya*



copias certificadas se remiten anexo a la presente, en acatamiento al criterio reiterado emanado de esa digna Sala, a objeto de que se obtenga la certeza respecto del contenido del fallo que se pretende impugnar.

SEGUNDO: *Una vez verificados los hechos y los argumentos jurídicos que sustentan la presente, **requerimos que se declare con lugar la presente solicitud y que se anule la decisión que se impugna** y por ende sus efectos al encontrarse definitivamente firme (cosa juzgada), para que se realice la correspondiente investigación sobre la muerte del ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**, en aras de una sana y cabal administración de justicia".*

II DE LA SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El Consejo de Guerra Permanente, dictó decisión de fecha 14 de agosto de 1998, mediante la cual declaró terminada la averiguación sumarial, por prescripción de la acción penal instruida sobre la desaparición del ciudadano CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS, en los siguientes términos:

*"Por cuanto han subido las presentes actuaciones sumariales, a este Consejo de Guerra Permanente de Maturín, en virtud de la decisión dictada por el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín, en fecha dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y ocho, mediante la cual de conformidad con el Artículo 436, Ordinal 4to. Del [C]ódigo de Justicia Militar, **DECLARA EXTINGUIDA POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL LA PRESENTE AVERIGUCACION SUMARIAL**, conforme al [a]rtículo 206, Ordinal 7mo. Del Código de Enjuiciamiento Criminal, **TERMINADA** la misma, aplicable esta norma de derecho común, por mandato expreso del Artículo 20 del Código de Justicia Militar.*

Para decidir la consulta formulada por el Tribunal Instructor, este Consejo de Guerra Permanente de Maturín, observa previamente.

...PRIMERO:

Viene al conocimiento de este Tribunal Colegiado, que la presente Averiguación Sumarial se inició mediante Auto de Proceder dictado en fecha dieciocho (18) de julio de mil novecientos sesenta y nueve (1969), por el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín, previa Orden de Apertura emanada del General de Brigada (EJ) Ministro de la Defensa, mediante Oficio N° 2912, de fecha catorce (14) de junio de mil novecientos sesenta y nueve (1969).

...SEGUNDO:

'LOS HECHOS'

El día veintisiete (27) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), compareció voluntariamente, ante la Fiscalía General de la República de ciudadana CARLA DE BURGUILLO a los fines de exponer lo siguiente: '..El día siete (7) de agosto del año en curso mi esposo César Augusto Burguillo fue detenido por una comisión de la Dirección General de Policía, en la ciudad de Carúpano y luego trasladado a un sótano que está al lado del Consejo Municipal de dicha ciudad, en el cual permaneció veinte días. En una oportunidad en que fui a la DIGEPOL me informaron que una comisión lo había trasladado a Cachipo. Estado Monagas, donde presumo que se encuentre detenido, a

VENEZUELA



pesar de que en dos oportunidades me traslade a dicha unidas con el fin de visitarlo y se me formó que en ese lugar no se encontraba detenido; la primera vez que fui a Cachipo y luego regreso a Carúpano me entreviste con un Teniente de apellido **Sarmiento**, quien me dijo que mi esposo si estaba en Cachipo, pero lo que pasaba era que estaba incomunicado. Debo advertir que este mismo Teniente **Sarmiento** estuvo registrando mi casa e! mismo día en que se practicó la detención de mi esposo..." Los hechos precedentemente narrados se encuentran debidamente comprobados con los siguientes elementos de juicios:

DECLARACIONES TESTIFICALES:

01- De la [c]iudadana **CARLA MARÍA DE MARÍA FINÍ DE BURGUILLO...**

02.- De la ciudadana **ISABEL BURGUILLO DE MARTÍNEZ...** 03.- Del ciudadano **EMILIO ANTONIO QUILARTE NUÑEZ...**

Estas testificales se les da el valor probatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 290 del Código de Justicia Militar.

INSPECCIÓN OCULAR:

Inspección Ocular practicada en los libros de filiación de detenidos y de novedades, correspondiente al archivo de la Comandancia de la Policía de Carúpano Estado sucr...

Inspección Ocular que se le da valor conforme al artículo 269 del Código de Justicia Militar.

DOCUMENTOS:

Fotografía tipo carnet, correspondiente al ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS...**

Documento este que se valora de conformidad a lo establecido en el **ARTÍCULO 271** del Código de Justicia Militar.

TERCERO:

LA RESPONSABILIDAD.

Ciertamente tal y como lo señala el Tribunal Aquo, los hechos que dieron origen a esta averiguación sumarial ocurrieron en el año 1965, habiendo transcurrido más de veinte (20) años , sin que se hayan tomado alguna de las medidas contempladas en el artículo 441 del Código de Justicia Militar; es evidente igualmente, que ha pasado el tiempo suficiente para que opere la prescripción de la acción penal, conforme a lo pautado en el primer aparte del artículo 438 del mencionado Código Castrense, por tratarse del delito de **REBELIÓN MILITAR**, previsto en el artículo 476 ibídem y sancionado en el artículo 479 ejusdem, reducida a una tercera parte, conforme al 487 del mismo Código , por estimar que los hechos ilícitos suficientemente comprobados en autos fueron cometidos por civiles. En consecuencias debe declararse terminada la presente averiguación sumarial, por no haber lugar a proseguirla, según el artículo 206 ordinal 7 del Código de enjuiciamiento Criminal aplicable al caso por disposición supletoria del artículo 20 del Código de Justicia Militar. **ASI SE DECLARA.**

DISPOSITIVA

Por las razones antes expuestas este Consejo de Guerra Permanente de Maturín, administrando Justicia en nombre de la República de Venezuela y por Autoridad de la Ley, **DECLARA TERMINADA LA PRESENTE AVERIGUACIÓN SUMARIAL**, por prescripción de la acción penal, instruida sobre la presunta desaparición del ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS**, según se desprende del oficio N° PU-2-4496 de fecha 30 de mayo de 1969, emanado de la Fiscalía General de la República y consecuencialmente conforme al artículo 206 ordinal 7mo



del Código de Enjuiciamiento Criminal, aplicable al caso por disposición del artículo 20 del Código de Justicia Militar. Queda en estos términos **C O N F I R M A D A** la decisión consultada por el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín".

Asimismo, resulta pertinente destacar, la decisión emanada del Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín la cual dio origen a la consulta ante el Consejo de Guerra Permanente, dicha decisión se realizó en los términos siguientes:

"La presente averiguación sumarial se inició mediante orden de apertura de averiguación sumarial dada por el GENERAL DE BRIGADA MINISTRO DE LA DEFENSA según oficio número 2912 de fecha 14JUL69 (...) donde se lee '...presunta desaparición del ciudadano CESAR AUGUSTO BURGUILLOS, según se desprende del oficio N° PU-2-4496 DE FECHA 30 de mayo de 1969, emanado de la Fiscalía General de la República...', por lo que e[se] Tribunal para dictar decisión en e[sa] etapa del proceso, previamente considera:

PRIMERO:

En fecha 20 de enero de 1965 el Consejo de Guerra Permanente de Maturín, dictó decisión ordenando MANTENER ABIERTA LA PRESENTE AVERIGUACION (sic) SUMARIAL POR APARECER COMPROBADA LA COMISIÓN DEL DELITO MILITAR DE REBELION (sic).

SEGUNDO:

El artículo 479 del Código de Justicia Militar, reza:

'En todos los demás casos de rebelión militar la pena será de veinticuatro a treinta años de presidio...'

y en el artículo 487 se lee:

'En los casos del artículo anterior se aplicará a los civiles las mismas penas establecidas en los artículos 478, 479, 480 y 482, reducida en una tercera partes...'

por lo que tenemos que la pena máxima prevista en la primera norma transcrita es de 30 años de presidio, pero reducida en una tercera para conforme al citado artículo 487 y por tratarse de ciudadanos civiles, [tienen] una máxima penalidad de 20 años de presidio.

TERCERO:

Ahora bien, el artículo 438 en su primer aparte del citado Código Castrense, establece:

'La acción prescribe así:

Para los delitos... rebelión... por un tiempo igual al máximo de la pena más la mitad...'

por lo que [se tiene] que si la pena máxima para los civiles por la comisión del delito militar de rebelión es de veinte años, aumentada esta, según la última norma transcrita, [resulta] un total de treinta (30) años para que prescriba la acción penal.

Ahora bien del detenido análisis de las normas antes transcritas, se tiene que el delito militar de rebelión demostrado (...) autos, ocurrió el 17 de [s]eptiembre de 1965, por lo que para hoy, han transcurrido treinta y dos (32) años, ocho (08) meses y veintinueve (29) días, efectuado e[se] cómputo conforme al artículo 440 del Código de Justicia Militar, el cual establece:



'El término de la prescripción empezará a contarse: para los hechos consumados, desde el día de la perpetración, para las infracciones fracasadas, desde el día en que se realizó el último acto de su ejecución y para las infracciones continuadas o permanentes, desde el día en que se tuvo conocimiento del hecho'

y por no haber sido interrumpida la prescripción por ninguna de las decisiones establecidas en el artículo 441 ejusdem, a criterio de este Sentenciador es procedente conforme al artículo 436 ordinal 4º, **DECLARAR EXTINGUIDA POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL LA PRESENTE AVERIGUACIÓN Y CONSECUENCIALMENTE CONFORME AL ARTICULO (sic) 206 ORDINAL 7º DEL CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL TERMINADA** la misma, aplicable esta norma de derecho común por mandato expreso del artículo 20 del tantas veces señalado Código Castrense. **ASI (sic) SE DECLARA.**

DISPOSITIVA

Por las razones antes expuestas, e[se] Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín, administrando justicia en nombre de la República de Venezuela y por autoridad de la ley, de conformidad con el artículo 436 [o]rdinal 4º del Código de Justicia Militar, **DECLARAR EXTINGUIDA POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL LA PRESENTE AVERIGUACIÓN SUMARIAL**, instruida '...sobre la presunta desaparición del ciudadano **CESAR AUGUSTO BURGUILLOS**, según se desprende del oficio N° PU-2-4496 [de fecha] 30 de mayo de 1969, emanado de la Fiscalía General de la República...' y consecucionalmente conforme al artículo 206 [o]rdinal 7º del Código de Enjuiciamiento Criminal, **TERMINADA** la misma, aplicable esta norma de derecho común por mandato expreso del artículo 20 del Código de Justicia Militar...".

III

DE LA COMPETENCIA

En primer lugar, corresponde a esta Sala determinar su competencia para revisar la decisión adoptada por el Consejo de Guerra Permanente en fecha 14 de agosto de 1998 que confirma la decisión emanada del Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín, en la cual se declaró "...**TERMINADA LA (...) AVERIGUACIÓN SUMARIAL**, por prescripción de la acción penal, instruida sobre la presunta desaparición del ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS...**", a tal efecto el artículo 336, numeral 10, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, le atribuye a esta Sala Constitucional la potestad de "revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la Ley Orgánica respectiva".

Tal potestad de revisión de decisiones definitivamente firmes, abarca diversos tipos de fallos, entre los que se encuentran los emitidos por los Tribunales de la República, de acuerdo al artículo 25, numeral 10 de la Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, pues la intención final es que la Sala Constitucional ejerza su atribución de máximo intérprete de la Constitución, según lo que establece el artículo 335 del Texto Fundamental.

Ahora bien, en el presente caso se solicitó la revisión de las decisiones dictadas, el 16 de junio de 1998 y el 14 de agosto del mismo año, emitidas por los extintos Juzgado Militar



de Primera Instancia Permanente de Maturín y Consejo de Guerra Permanente, respectivamente, las cuales si bien es cierto datan de un período anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, no es menos cierto que conforme lo establece la jurisprudencia asentada por esta Sala Constitucional, se puede realizar una revisión extraordinaria de una decisión pasada de la autoridad de la cosa juzgada, cuando en la misma estén inmersas violaciones graves contra los derechos humanos o delitos de lesa humanidad (Vid. Sentencia de la Sala N° 1.713 del 14 de diciembre de 2012, caso: "Jesús Alberto Márquez Finol").

En este orden de ideas, resulta pertinente citar el contenido de la "*Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y otras Violaciones de los Derechos Humanos por razones políticas en el período 1958-1998*", publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.° 39.808, del viernes 25 de noviembre de 2011, la cual en el artículo 19, dispone que cuando de las investigaciones de la Comisión por la Justicia y la Verdad o del Ministerio Público, se evidencie la existencia de pruebas fehacientes que constaten plenamente la materialización de violaciones graves a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, o la responsabilidad plena en la perpetración de los mismos, y que hayan sido objeto de alguna causa judicial o procedimiento administrativo que "...por cualquier razón judicial se encontrasen firmes...", "... el Ministerio Público solicitará a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la revisión del expediente", a fin de que sea reabierto. En tal caso, de ser pertinente, la Sala "...ordenará al Ministerio Público la reapertura del caso y su tramitación procesal por vía ordinaria". Señalando el referido artículo, taxativamente lo siguiente:

" Artículo 19.- Recurso extraordinario de revisión constitucional.-Cuando de las investigaciones del Ministerio Público o de la Comisión por la Justicia y la Verdad, se evidencie la existencia de pruebas fehacientes que constaten plenamente la materialidad de violaciones graves a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, o la responsabilidad plena en la perpetración de los mismos, por las razones previstas en la presente Ley, las cuales sean pertinentes a causas judiciales o procedimientos administrativos que por cualquier razón procesal se encontrasen firmes, siendo dichas pruebas de tal naturaleza que de haber sido conocidas en su oportunidad la decisión definitiva hubiese sido distinta a la que constase en autos, el Ministerio Público solicitará a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la revisión del expediente a los fines de su reapertura. La Sala Constitucional se pronunciará sobre la solicitud y, de considerarla pertinente, ordenará al Ministerio Público la reapertura del caso y su tramitación procesal por vía ordinaria".

Ahora bien, en el caso de autos, el Ministerio Público, a través de los Fiscales comisionados por el Fiscal General de la República, han manifestado dentro de sus alegatos que las decisiones dictadas, el 16 de junio de 1998 y el 14 de agosto del mismo año, emitidas por los extintos Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín y Consejo de Guerra Permanente, respectivamente, notablemente estuvieron inmotivadas y contradictorias, evidenciándose a lo largo de la investigación la materialización de violaciones graves a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad.

En consecuencia, esta Sala, en sintonía con la jurisprudencia anteriormente transcrita y visto que los requisitos establecidos en el artículo 19 de la mencionada Ley se encuentran satisfechos, se declara competente para conocer de la solicitud planteada. Así se establece.

IV

MOTIVACIÓN PARA LA DECISIÓN

Determinada la competencia, previo al pronunciamiento sobre el fondo del asunto y como quiera que las sentencias cuya revisión se solicitó fueron dictadas bajo el régimen jurídico de la Constitución de 1961, esta Sala considera oportuno destacar el contenido de la sentencia n.º 1760, de fecha 25 de septiembre de 2001, caso: *Antonio Volpe González*, respecto de dichas solicitudes, en la cual se estableció lo siguiente:

“La revisión constitucional consagrada en el artículo 336.10 de la Constitución, la cual resulta inmanente al ejercicio del poder de garantía constitucional que le corresponde desempeñar a esta Sala, persigue *la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución*. Pero esta finalidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, de entre las que resalta la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. *Les Forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.]; pues un precepto constitucional, por integrador que sea del carácter dominante de la Constitución, no puede servir de pretexto para vulnerar otros principios basilares del Derecho como tal (cf. sent. n.º 1309/2001 de 19 de julio, caso: *Solicitud de Interpretación Constitucional respecto al derecho a réplica*).

Una elemental regla de técnica fundamental informa que las normas jurídicas, en tanto preceptos ordenadores de la conducta de los sujetos a los cuales se dirigen, son de aplicación a eventos que acaezcan bajo su vigencia, ya que no puede exigirse que dichos sujetos (naturales o jurídicos, públicos o privados) se conduzcan u operen conforme a disposiciones inexistentes o carentes de vigencia para el momento que hubieron de actuar.

La garantía del principio de irretroactividad de las leyes está así vinculada, en un primer plano, con la seguridad de que las normas futuras no modificarán situaciones jurídicas surgidas bajo el amparo de una norma vigente en un momento determinado, es decir, con la incolumidad de las ventajas, beneficios o situaciones concebidas bajo un régimen previo a aquél que innove respecto a un determinado supuesto o trate un caso similar de modo distinto. En un segundo plano, la irretroactividad de la ley no es más que una técnica conforme a la cual el Derecho se afirma como un instrumento de ordenación de la vida en sociedad. Por lo que, si las normas fuesen de aplicación temporal irrestricta en cuanto a los sucesos que ordenan, el Derecho, en tanto medio institucionalizado a través del cual son impuestos modelos de conducta conforme a pautas de comportamiento, perdería buena parte de su hálito formal, institucional y coactivo, ya que ninguna situación, decisión o estado jurídico se consolidaría. Dejaría, en definitiva, de ser un *orden*.

Por eso esta Sala, ya desde sus primeras decisiones sobre el tema, determinó, conforme a la disposición contenida en el artículo 24 de la Constitución vigente (la cual prohíbe que disposición alguna tenga efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena), que las solicitudes de revisión dispuestas en el artículo 336.10 *eiusdem*, así como las que la propia jurisprudencia le ha sumado (cf. sent. 93/2001, caso: *Corpoturismo*), sólo tuvieran alcance respecto a decisiones dictadas durante la vigencia de la norma configuradora de dicho medio; debido a que para las decisiones dictadas bajo el régimen jurídico surgido bajo la Constitución de 1961 no estaba previsto una vía de revisión con este talante, ni existía un órgano con la entidad que hoy ostenta la Sala Constitucional, es decir, titular del *poder garantizador de la Constitución*, el cual, según alguna doctrina (Peces-Barba, p.ej.), es una rama o dimensión que debe añadirse a la clásica división del Poder Público (ejecutivo, legislativo y judicial), que en nuestro caso se ha visto ampliada con un reciente añadido (electoral y moral).

No obstante, la Sala, en reciente decisión (exp. n.º 00-2548, caso: *Jesús Ramón Quintero*), dejó abierta la posibilidad de revisar sentencias proferidas con anterioridad a la vigencia de este medio. Sin embargo, debe acotarse que tal posibilidad es de aplicación restrictiva, y sólo procederá bajo aquéllas circunstancias en que la propia Constitución permite la retroactividad de una norma jurídica, esto es, en el supuesto que contempla



el artículo 24 constitucional, referido a la aplicación de normas que impongan menor pena (el cual ha sido extendido por la dogmática penal a circunstancias distintas mas no distantes de la reducción de la extensión de una sanción determinada). Así, dentro, de las normas que mejoran una condición o situación jurídica derivada de la actuación de los entes públicos en materia penal, esta Sala considera que se encuentra la solicitud de revisión tantas veces aludida. Por lo que la admisión de un medio tal, en los casos referidos a la excepción contenida en el artículo 24 (que imponga menor pena, entendido dicho enunciado en sentido amplio), no viola el principio de irretroactividad de la ley contenido en dicho precepto. De allí que la retroactividad de la revisión quede definitivamente asociada a la nulidad de decisiones relacionados con los bienes fundamentales tutelados por el derecho penal, acaecidas con anterioridad a la Constitución de 1999, pero cuya irracionalidad o arbitrariedad, puestos en contraste con las normas constitucionales, exija su corrección, aparte, además, aquellas decisiones que evidencien de su contenido un error ominoso que afecte el orden público, es decir, que la sentencia a revisar contenga una grave inconsistencia en cuanto a la aplicación e interpretación del orden jurídico-constitucional.

Se atempera de este modo, el criterio que a este respecto sentó la Sala en su sentencia n° 44/2000 del 2 de marzo, caso: *Francia Josefina Rondón Astor*.

Todo ello, por supuesto, sin perder de vista que *el mecanismo extraordinario de revisión de sentencias definitivamente firmes de amparo (...) previsto en el artículo 336, numeral 10, de la Constitución, tiene como finalidad integrar el control concentrado de la constitucionalidad con (...) el amparo constitucional, con el objeto de garantizar la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución*" (José Vicente Haro, Rev. de Derecho Constitucional, n° 3, p. 265), por lo que su funcionalidad, en tanto que responde a la incolumidad de un orden constitucional, es objetiva. De tal manera que, si bien los derechos fundamentales forman parte de ese orden y la restitución de alguno que se vea conculcado puede en la práctica resultar restituido a través de una solicitud de revisión, tal reconocimiento no es el fin que se persigue al poner en marcha dicho trámite. Por ejemplo, si un tribunal desconoce el derecho al trabajo de un empleado sobre la base de una errada interpretación de la Constitución o de un precepto legal que le refleje, pero dicho error, contrastado con la cotidianidad judicial, resulta aislado, ya que existe una cultura judicial que en buen grado entiende el alcance de dicho derecho y lo hace valer cuando está presente; la restitución del derecho particularmente afectado a través de la solicitud de revisión (por muy plausible que parezca), no cumple con el objetivo de la misma, el cual, se insiste, persigue: a) uniformar la interpretación de la Constitución; b) dictar pautas de aplicación constitucional y c) reconducir a prácticas legitimadas por la nueva Constitución, actitudes judiciales nacidas al amparo de preceptos legales o constitucionales derogados o de principios o valores superados. Pero de ningún modo, su objetivo es corregir (aunque en la consecución de su fin propio lo haga) los desaciertos judiciales, esto es: no constituye una tercera instancia de conocimiento (Negritas y subrayados de la Sala).

A la luz de la jurisprudencia citada y con base en la solicitud de revisión formulada por el Ministerio Público, esta Sala estima oportuno decidir dicha solicitud con base en el análisis que de las actas del proceso se realice, a fin de constatar si se incurrió en un error evidente que afecte el orden público constitucional. Así se declara.

En el caso *sub iudice*, los Fiscales del Ministerio Público expresan que en la decisión del Consejo de Guerra Permanente de Maturín, emanada en fecha 14 de agosto de 1998, en la que se "DECLARA TERMINADA LA AVERIGUACIÓN SUMARIAL, por prescripción de la acción penal", por la presunta desaparición del ciudadano Cesar Augusto Burguillos, se incurrió en contradicciones y adolece de motivación, ya que simplemente confirmó la decisión emitida por el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín el 16 de junio de 1998, suprimiendo por completo las razones de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento para arribar a dicho pronunciamiento.



Así, indica el Ministerio Público que dicha investigación sumaria obvió la práctica de diligencias que coadyuvaran a determinar circunstancias relevantes como: no se realizó la búsqueda de la persona viva ni se intentaron ubicar sus restos; no hay experticia ni prueba alguna de su fallecimiento; no se citó ni entrevistó al testigo de la detención de la víctima; no se realizaron inspecciones ni fijaciones fotográficas en los presuntos sitios del suceso señalados por la esposa, ciudadana CARLA MARÍA DE BURGUILLOS en su carácter de víctima indirecta ni por los testigos; de esta manera resulta evidente que no existió una investigación objetiva con miras a la materialización del fin único del proceso como lo es la aplicación de la justicia.

En tal sentido, esta Sala Constitucional, en sentencia N° 1713 del 14 de diciembre de 2012, estableció que los requisitos para conocer de casos de revisión de sentencias dictadas por los diversos Tribunales correspondientes a casos insertos dentro de la *Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y otras Violaciones de los Derechos Humanos por razones políticas en el período 1958-1998*, son los siguientes:

- 1.- *Que la solicitud sea presentada por el Ministerio Público;*
- 2.- *Que el Ministerio Público afirme en dicha solicitud que de sus investigaciones o de las que hubiese adelantado la Comisión por la Justicia y la Verdad se evidencie que ocurrieron hechos que se relacionan con las circunstancias que, según esta Ley, dan lugar a tales averiguaciones;*
- 3.- *Que señale a sus presuntos responsables;*
- 4.- *Que estén firmes las decisiones judiciales o los actos administrativos que se hubiesen dictado con ocasión de tales hechos..."*.

Siendo ello así, conforme a lo antes expuesto, la jurisprudencia reiterada de la Sala y el artículo 19 *ejusdem*, se observa que, *prima facie*, en el presente caso se encuentran cumplidos los requisitos para efectuar la revisión extraordinaria de sentencias definitivamente firmes.

Así pues se observa que el marco normativo contenido en la Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Período 1958-1998, constituye un instrumento jurídico que abrió el camino para conseguir la justicia sobre acontecimientos ocurridos durante el período en cuestión, aun cuando ya tuvieran autoridad de cosa juzgada.

En efecto, este texto normativo permite entre otras cosas, revisar investigaciones y procesos judiciales que se llevaron a cabo en una época en la cual los derechos humanos no eran prioridad.

Con ocasión a la entrada en vigencia de la Ley antes citada, fue creada la Comisión por la Justicia y la Verdad, la cual fue definida en el 8 *ejusdem* al referir que misma tiene por "...objeto (...) realizar la investigación del periodo al cual se refiere la (...) Ley, para contribuir al esclarecimiento de la verdad; recomendando los mecanismos de reivindicación del honor y la dignidad de las víctimas y el rescate de la memoria histórica; promoviendo en la sociedad la valoración de la preeminencia de los derechos humanos y el reconocimiento de las luchas históricas del pueblo, a fin de superar la profunda crisis y las traumas generados por la violencia del terrorismo de Estado, así como procurando que nunca más se repitan [casos de] delitos de lesa humanidad y otras violaciones contra los derechos humanos".

Igualmente, como ya se detalló en el capítulo referido a la competencia de la Sala Constitucional para decidir el presente recurso extraordinario de revisión, la referida Ley en el artículo 19, establece el trámite procesal que deberá dársele al referido recurso



extraordinario una vez interpuesta la solicitud formal por parte del Ministerio Público, ante lo cual esta Sala una vez analizada la misma, deberá pronunciarse sobre la referida solicitud y si lo considerase pertinente, ordenará la reapertura del caso al Ministerio Público, a fin de que se siga su tramitación procesal por la vía ordinaria.

En la causa *sub iudice*, los representantes del Ministerio Público solicitaron la revisión de la decisión del Consejo de Guerra Permanente de Maturín, del 14 de agosto de 1998, que confirmó el fallo que declaró terminada la averiguación sumaria emanada del Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de la ciudad de Maturín el 16 de junio de 1998. Igualmente, indicó que las referidas decisiones se encuentran definitivamente firmes, produciendo efectos de cosa juzgada y que las mismas causaron una lesión constitucional irreversible al no tutelar el bien jurídico más importante como lo es el derecho a la vida del ciudadano César Augusto Burguillos.

Asimismo, señalaron que tal pronunciamiento fue inmotivado, violentándose el principio de la tutela judicial efectiva, al silenciar por completo las razones de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento para arribar a dicha decisión, razón por la cual consideraron que hubo fraude procesal.

En esos mismos términos, señalan que se trató de una investigación sesgada o fraudulenta, que no colectó evidencias criminalísticas, no realizó fijaciones fotográficas, no se acudió al sitio del suceso para ubicar a los presuntos autores del hecho, no se verificaron las circunstancias en que ocurrieron los hechos y no se realizaron las experticias correspondientes en aras de la búsqueda de la verdad, lo que demuestra que el hecho no fue investigado de manera transparente y objetiva por lo que se sostener que en el presente caso hubo injusticia e impunidad.

Es por ello que el Ministerio Público estimó que la inmotivada decisión del Consejo de Guerra Permanente de Maturín, se limitó a confirmar la declaratoria de terminación del proceso por prescripción de la acción penal del a quo, pero bajo ninguna circunstancia detallo los fundamentos de hecho y derecho de su determinación, y tampoco razonó los criterios que utilizó para compartir la sentencia del Tribunal de Primera Instancia.

En este sentido, apreció la representación fiscal que la investigación sumaria supuestamente realizada no fue más que un simple simulacro de investigación, con el objetivo de acreditarle una aparente legalidad a la desaparición forzada de un ciudadano venezolano cometida con alevosía, quien según testigos, fue detenido por una persona identificada como el Teniente Sarmiento, presuntamente adscrito a la anteriormente llamada Dirección General de Policía (DIGEPOL) de Carúpano, y fue trasladado al campamento antiguerrillero "Cachipo", donde fue torturado, vejado, humillado y recibió lesiones las cuales le pudieron ocasionar la muerte; lo cual conllevó a que los Tribunales Militares decidieran sin la debida coherencia, como resultado lógico de la investigación.

Ante lo señalado, esta Sala considera necesario realizar un análisis de la decisión dictada por el Consejo de Guerra Permanente de Maturín el día 14 de agosto de 1998, a tal efecto se observa que recibieron en el Consejo las actuaciones sumariales del presente caso, provenientes del Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín, con ocasión a la consulta realizada por el a quo como Tribunal Instructor, detallando en el capítulo "LOS HECHOS", la denuncia interpuesta por la esposa del ciudadano César Augusto Burguillos con ocasión a su desaparición, donde señala claramente la identificación del funcionario responsable y su organismo de adscripción.



Posteriormente, es el mismo Consejo de Guerra Permanente quien señala que los hechos narrados por la víctima indirecta se encuentran debidamente comprobados con los siguientes elementos:

"DECLARACIONES TESTIFICALES:

01. De la Ciudadana **CARLA MARÍA DE MARÍA FINÍ DE BURGUILLO...**

02. De la ciudadana **ISABEL BURGUILLO DE MARTÍNEZ...**

03. Del ciudadano **EMILIO ANTONIO QUILARTE NUÑEZ...**

(omissis)

INSPECCIÓN OCULAR:

Inspección Ocular practicada en los libros de filiación de detenidos y de novedades, correspondiente al archivo de la Comandancia de la Policía de Campano Estado sucre...

DOCUMENTOS:

*Fotografía tipo carnet, correspondiente al ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS...***

Para luego, comenzar su incongruencia en el capítulo denominado **LA RESPONSABILIDAD** , al indicar que la prescripción de la acción penal operó por tratarse de la comisión del delito de REBELIÓN MILITAR y estimar "... *que los hechos ilícitos fueron cometidos por civiles...*" y al final, confirmar la decisión consultada por el a quo y declarar definitivamente "...**TERMINADA LA AVERIGUACIÓN SUMARIAL, por prescripción de la acción penal, instruida por la presunta desaparición del Ciudadano CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS...**".

Al a luz de lo anterior, observa la Sala la evidente contradicción en que incurrió el Consejo de Guerra Permanente de Maturín en su sentencia, al señalar que los hechos narrados detalladamente por la víctima indirecta de los hechos "se encuentran debidamente comprobados" vale decir, la desaparición forzada del ciudadano César Augusto Burguillos, y luego vislumbrar que dicho delito no ocurrió, sino que existió la comisión del delito de rebelión militar cometido por civiles y con ocasión a éste prescribir la acción penal para dar fin al proceso y el cierre definitivo del expediente, por haber transcurrido más de veinte (20) años desde su comisión.

De lo anterior se colige que la decisión del Consejo de Guerra Permanente de Maturín se encontraba evidentemente inmotivada por incongruencia y contradicción, puesto que primero determinó que se encontraba acreditada la desaparición de la víctima a manos de funcionarios policiales y luego declaró la extinción de la acción penal por prescripción, presumiendo la comisión del delito de Rebelión Militar cometido por civiles. Además, el Consejo de Guerra confirmó el fallo del Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente, el cual había decretado la prescripción de la acción penal en la averiguación sumaria, pero sobre la base de acreditar la comisión del delito de rebelión militar.

En fin, para que una decisión se estime motivada, debe contener las razones, los motivos, los fundamentos o la justificación de lo fallado; dichas razones deben ser jurídicamente racionales, es decir, fundadas en el Derecho (el Derecho entendido como integrado por las normas de rango sublegal, legal, constitucional y pactadas internacionalmente aplicables al caso); igualmente, deben ser coherentes y razonables.

De allí pues que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva no consiste en un derecho a que se dé la razón al solicitante, *Si tiene que consistir en la obtención de una resolución motivada, es decir, razonable, congruente y fundada en derecho*" (Pérez Royo, Jesús: Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, pág. 494).

De allí que es evidente para esta Sala que la decisión del Consejo de Guerra Permanente de Maturín y consecuentemente, la decisión del Juzgado Militar de Primera



Instancia Permanente de Maturín, están inmotivadas por contradicción y además no cumplieron con los requisitos de la sentencia establecidos en el Código de Enjuiciamiento Criminal vigente para la época, preceptuados en el artículo 42, el cual expresaba lo siguiente:

"Artículo 42.- La sentencia debe contener una parte expositiva, otra motiva y otra dispositiva. En la primera parte se expresarán el nombre y el apellido del reo, del acusador privado y del reclamante civil, si los hubiere, el delito con que se procede, los cargos hechos y un resumen de todas las pruebas, tanto del delito como de las que haya en favor y en contra del procesado. En la segunda parte, según el resultado que suministre el proceso y las disposiciones legales sustantivas y procesales aplicables al respectivo caso, las cuales se citarán, se expresarán las razones de hecho y de derecho en que haya de fundarse la sentencia, analizando las circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad penal, si las hubiere, y todos los puntos que hayan sido alegados y probados en autos. En la tercera parte, se resolverá la absolución o condenatoria del encausado, especificándose en este caso con claridad las sanciones que se impongan. Si hubiere reclamación civil, se la decidirá en Capítulo separado. En el mismo fallo se impondrá la restitución de la cosa ajena o su valor de conformidad con el artículo 126 del Código Penal. La parte dispositiva será precedida de las palabras 'Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley'; y al final del fallo se determinará el lugar en que se dicte.

Parágrafo Primero:

Si la prueba en que se hubiere fundado la culpabilidad del reo consistiere únicamente en indicios o presunciones, la sentencia los expondrá uno a uno.

Parágrafo Segundo:

Si el Tribunal considerare la parte expositiva del fallo de primera instancia ajustada a las actas del expediente, podrá limitarse a hacerlo constar sin necesidad de reproducirla, en cuyo caso se considerara como parte integrante del fallo de segunda instancia".

En mismo orden de ideas, aun cuando en esencia la decisión objeto de revisión en la causa de autos, correspondería a la dictada por el Consejo de Guerra Permanente de Maturín el 14 de agosto de 1998, por ser la definitivamente firme, la Sala también considera necesario realizar un análisis del fallo emitido el 16 de junio de 1998 por el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín, del cual emanó la decisión de declarar extinguida por prescripción de la acción penal la averiguación y terminada la misma; ya que esa decisión fue posteriormente confirmada por el Consejo de Guerra Permanente de Maturín, observándose que en la referida decisión se determinó lo siguiente: primero, que los hechos objeto de la investigación sumaria fue la presunta detención y posterior desaparición del ciudadano Cesar Augusto Burguillos; segundo, que dio por comprobada la comisión del delito de rebelión militar y tercero; prescribió la acción penal por el transcurso de más de treinta y dos (32) años, de conformidad con el artículo 436 ordinal 4° del Código de Justicia Militar.

En efecto, consta en autos que los hechos acreditados fueron relacionados con la presunta detención y posterior desaparición del ciudadano César Augusto Burguillos, dadas las declaraciones de los testigos que cursan en el expediente, de las cuales se infiere que el referido ciudadano, fue detenido por funcionarios adscritos a la Dirección General de Policía (DIGEPOL) en la ciudad de Carúpano y trasladado al campamento antiguerrillero "Cachipo" ubicado en Maturín, sitio donde presuntamente el prenombrado ciudadano fue víctima de torturas y maltratos que pudieron haberle causado la muerte.

De este mismo modo, observa la Sala que la decisión del Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín del 16 de junio de 1998, también incurrió en el vicio de incongruencia cuando declaró prescrita la acción penal sobre la base de la comisión del delito de rebelión militar, sin que este guardara relación con los hechos por los cuales se inició la investigación sumaria.



En consecuencia, mal podía dicho Juzgado de Primera Instancia declarar terminada la averiguación sumaria, por prescripción de la acción penal, sobre la base de que estimó comprobado el delito de rebelión militar, pero la averiguación sumarial se inició "*con motivo de la presunta detención y posterior desaparición del ciudadano César Augusto Burguillos...*".

Con base en los anteriores planteamientos, se observa que las decisiones tanto del Consejo de Guerra Permanente como del Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente, ambos de Maturín, estuvieron inmotivadas, por incurrir en los vicios de incongruencia y contradicción, además de no incorporar y detallar los elementos probatorios en los que se basaron para decidir y tampoco justificaron la ausencia de diligencias de investigación que permitieran esclarecer el hecho denunciado por la ciudadana Carla María de María Fini de Burguillos, como era la detención y posterior desaparición de su cónyuge, ciudadano César Augusto Burguillos.

Es por lo que se evidencia que ni el Juzgado de Primera Instancia, ni el Consejo de Guerra Permanente de Maturín (comoalzada), cumplieron con el deber de extremar esfuerzos para que la investigación realizada se efectuara sobre una base imparcial, apegada al marco jurídico y en consecuencia, ajustada a derecho.

A tal efecto, declaran terminada la averiguación sumarial, por prescripción de la acción penal, en franca inobservancia de los artículos 142 del Código de Justicia Militar, 42 del Código de Enjuiciamiento Criminal y 254 del Código de Procedimiento Civil, todos vigentes para el momento en que fueron dictados los fallos objetados en esta oportunidad, así como de la doctrina jurisprudencial de ese entonces (*vid.* sentencia del 16 de diciembre de 1959, Gaceta Forense 1959, N° 26, Vol. II, pág. 284).

Ahora bien, esta Sala en sentencia N° 1092 del 15 de diciembre de 2016 con ponencia de la Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, estableció lo siguiente:

"...la motivación de la sentencia, desde mucho antes de la ocurrencia de los hechos que dieron origen a las sentencias objeto de la presente solicitud de revisión constitucional, era reconocida por Sala de Casación Penal de la otrora Corte Suprema de Justicia, como una garantía judicial contra la arbitrariedad; así, en sentencia del 12 de febrero de 1963, la referida Sala asentó lo siguiente:

"El dispositivo de todo fallo debe ser razonado, es decir debe estar fundado en un examen de los hechos de las pruebas aportadas a los autos con las conclusiones jurídicas que a los jueces les merece. Esta formalidad es una garantía contra la arbitrariedad judicial, pues con su cabal cumplimiento la cosa juzgada que emerge del dispositivo del fallo, llega a ser el resultado lógico de una sana administración de justicia".

Igualmente, la Sala Penal de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 12 de noviembre de 1970, asentó lo siguiente:

"El concepto de motivación del fallo penal no se puede limitar solamente a la expresión de la conclusión del proceso mental verificado por el sentenciador, como sería el caso de autos, sino que requiere además que conste en el texto de la sentencia cuáles son los hechos que causan aquellos motivos y las pruebas que las acreditan, lo que implica cuando menos y como mínima expresión, un resumen de las pruebas".

Ahora bien, en este punto, esta Sala considera importante, mencionar la sentencia n.º 1674 del 9 de noviembre de 2011, que sobre la desaparición forzada o forzosa de personas, señaló lo siguiente:

La desaparición forzada de personas constituye una de las más graves violaciones de los derechos humanos. En Latinoamérica, como práctica sistemática y generalizada, surgió en la década de los años sesenta y tuvo como característica principal la negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima por parte de sus raptos. El comienzo de la práctica tuvo lugar en Guatemala en 1962 y, en las

VENEZUELA



décadas siguientes, el método se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.

Por ello, a partir de 1970, surgió la preocupación en la comunidad internacional por tipificar la desaparición forzada de personas en instrumentos internacionales como una forma de conscientizar a los Estados de la gravedad de su práctica, así como de impedir su desarrollo, en razón de lo cual, la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas materializó dicha preocupación.

Este instrumento internacional de carácter no convencional fue aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución n.º: 47/133, del 18 de diciembre de 1992 y adoptado el 20 de diciembre de 2006, en la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la cual fue suscrita por Venezuela, mas no ratificada en virtud de la reserva hecha en relación a los contenidos del artículo 42, parágrafo 2, referido al arbitraje de la controversia que surja entre dos o más Estados Partes con respecto a su interpretación o aplicación, así como la posibilidad que plantea este instrumento de que sea la Corte Internacional de Justicia la encargada de resolverlos. De esta forma, en el referido instrumento se dice que existe desaparición forzada cuando:

(...) se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belem do Pará, en Brasil, el 09 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, suscrita y ratificada por Venezuela (vid. Gaceta Oficial n.º: 5.241, Extraordinario, del 06 de julio de 1998) constituye un instrumento jurídico propio de los Estados miembros de dicha organización que contribuye a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el hemisferio y proporciona un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el Estado de derecho.

La Convención en su artículo II, define la desaparición forzada de personas en los términos siguientes:

La privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuese su forma, cometida por agentes del estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Asimismo, el compromiso asumido por los Estados que suscribieron dicha Convención Internacional se estableció en el artículo I, el cual a la letra señala lo siguiente:

Artículo I. Los Estados parte en esta Convención se comprometen a: a) no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; b) sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; c) cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y d) tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

No obstante, la Convención no dejó clara las medidas ni la forma en que dicho compromiso se debía llevar a cabo. Lo que si surgió para los Estados partes era la obligación de prepararse para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas, y eso solo era posible en cuanto tomaran las medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole, necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la Convención.

Por otra parte, luego de la entrada en vigencia de la Convención, la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido la necesidad de que se tipifique como delito autónomo la desaparición forzada de personas, por cuanto, no basta invocar para el castigo de esta conducta a delitos como el secuestro, la tortura o el homicidio, por cuanto la desaparición forzada de personas constituye:

(...) un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en

VENEZUELA



peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreado otros delitos conexos (Vid. sentencia del 22 de noviembre de 2005, caso: Gómez Palomino vs Perú).

De esta manera, y en virtud de que el Estado venezolano suscribió y ratificó la señalada Convención, en el texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se incorporó la disposición constitucional contenida en el artículo 45, la cual prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías: practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. Asimismo, dispone ese precepto constitucional que los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas serán castigados de conformidad con la ley.

De allí, es por lo que en la reforma del Código Penal (Vid. Gaceta Oficial n.º: 5.494, Extraordinario, del 20 de octubre de 2000), se incluyera el tipo penal de desaparición forzada de personas, el cual se mantuvo en la última reforma de dicho código sustantivo de fecha 13 de abril de 2005, en los términos siguientes:

Artículo 181-A. La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio de Estado que ilegítimamente prive su libertad a una persona, y se niegue a reconocer la detención o dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o miembros colaboradores de tales grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcan forzosamente a una persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe como cómplice o encubridor de ese delito será sancionado con pena de doce años a dieciocho años de presidio.

El delito establecido en este artículo se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima.

Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o de restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada.

La acción penal derivada de este delito y su pena serán imprescriptibles, y los responsables de su comisión no podrán gozar de beneficio alguno, incluido el indulto y la amnistía.

Si quienes habiendo participado en actos que constituyen desapariciones forzadas, contribuyen a la reaparición con vida de la víctima o dan voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada, la pena establecida en este artículo les podrá ser rebajada en sus dos terceras partes.

Igualmente, esta Sala estima oportuno señalar que en el marco del compromiso asumido en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Estado Venezolano no solo incluyó el tipo penal de la desaparición forzada de personas en el texto penal sustantivo, sino también selló historia al sancionar la Asamblea Nacional el 18 de octubre de 2011, la Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Periodo 1958-1998, la cual tiene por objeto establecer los mecanismos para garantizar el derecho a la verdad y sancionar a los responsables de los hechos de violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad, tales como homicidios, desapariciones forzadas, torturas, violaciones, lesiones físicas, psíquicas y morales, privaciones arbitrarias de libertad, desplazamientos forzados de personas, expulsiones, deportaciones o exilios arbitrarios, etc, que como consecuencia de la aplicación de políticas de terrorismo de Estado fueron ejecutados por motivos políticos durante el periodo de los años 1958 a 1998.

Ahora, respecto de la naturaleza del delito de desaparición forzada de personas, esta Sala estima oportuno reiterar la doctrina establecida en la sentencia n.º: 1747, de fecha 10 de agosto de 2007, caso: Mónica Andrea Rodríguez Flores, en la cual, en forma clara estableció lo siguiente:

Este delito es pluriofensivo, por cuanto atenta contra varios bienes jurídicos fundamentales, entre los cuales encontramos la libertad personal, la seguridad de las personas, la dignidad humana y pone gravemente en peligro el derecho a la vida, como se extrae literalmente del artículo 2 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas dictada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, cuando señala que todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. "Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni otras penas o

VENEZUELA



tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro”.

Además, cabe acotar que su práctica sistemática o generalizada contra la población representa un crimen de lesa humanidad, según el contenido del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, suscrito y ratificado, igualmente, por la República de Venezuela, por lo que en ese supuesto la acción penal destinada a perseguir ese tipo de injusto no prescribe, así como tampoco puede decretarse algún beneficio que pueda conllevar su impunidad, conforme con lo señalado en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Esto quiere decir que no se está en presencia de cualquier ilícito penal, sino de uno que ha causado profunda preocupación y angustia en diversas partes del mundo, tal y como lo indica el “preámbulo” de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas dictada por la Organización de las Naciones Unidas, lo que exige de los Estados una actitud atenta para evitar la impunidad en este tipo de delitos (Cursivas del fallo y subrayado de esta Sala).

Por otra parte, en cuanto a la conceptualización que el citado artículo 181-A hace en el sentido de que el delito de desaparición forzada de personas “se considerará continuado mientras no se establezca el destino o ubicación de la víctima”, esta Sala considera oportuno acotar lo siguiente:

Tanto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como diversas normas internacionales, consideran que la desaparición forzada de personas comporta una “violación múltiple y continuada” de varios derechos reconocidos por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Vid. sentencia del 29 de julio de 1988, caso: Velásquez Rodríguez vs Honduras) y, si bien, tanto la referida Corte como la Convención (cfr: artículo III) emplean la frase “delito continuado”, el vocablo correcto que se debe utilizar es el de “delito permanente”, ya que en el derecho penal, el delito continuado representa una forma de tratar auténticos casos de concurso real de delitos en beneficio del reo.

Así lo reconoció esta Sala en la citada sentencia n.º: 1747, de fecha 10 de agosto de 2007, cuando señaló expresamente lo siguiente:

Así, de acuerdo a la doctrina penal, los delitos de conducta permanente “son aquellos tipos en los que la conducta del sujeto activo se prolonga en el tiempo, de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras no se le ponga fin por propia determinación del agente, como resultado de maniobra de la víctima o en razón de las circunstancias ajenas a los protagonistas de la acción” (Reyes Echandía, Alfonso. “Tipicidad”. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia. 1999. Página 140)."

El delito permanente “supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (...); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica” (Mir Puig, Santiago. “Derecho Penal. Parte General”. Editorial PPU. Barcelona, España. 1990. página 216).

Entre los delitos de conducta permanente tenemos al secuestro, el rapto y la desaparición forzada de personas, entre otros, toda vez que en todos ellos el proceso consumativo se mantiene durante el tiempo en que el sujeto pasivo permanezca privado de su libertad. Distinto ocurre en los delitos continuados, ya que estos últimos existen, como lo señala la Sala de Casación Penal, cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta en momentos distintos acciones diversas, cada una de las cuales, aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito. Ejemplo de estos últimos sería la estafa cometida por una persona a varias personas, en distintas oportunidades, pero con el mismo acto de ejecución o “modus operandi”.

La desaparición forzada de personas, por tanto, es un delito permanente como lo señala el artículo 17 de la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, toda vez que su consumación perdura en el tiempo hasta tanto el sujeto activo desee que ello culmine, o bien, por circunstancias ajenas a su voluntad (Cursivas del fallo).

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 18 de agosto de 2008, caso: Heliodoro Pulgar vs Panamá, expresó que:

(...) a diferencia de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas se caracteriza por ser una violación de carácter continuo o permanente. Lo anterior permite que la Corte pueda pronunciarse sobre una presunta desaparición forzada, aun si esta se inicia con anterioridad a la fecha en que el Estado reconoce la competencia de la Corte, siempre y cuando dicha violación permanezca o continúe con posterioridad a dicha fecha. En dicho supuesto, el Tribunal sería competente para pronunciarse sobre la desaparición forzada hasta tanto dicha violación hubiera continuado.

A este tenor, la permanencia viene definida en razón de que la desaparición forzada se cimienta en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia

VENEZUELA



voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento. Por tanto, al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo solo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la víctima.

Ahora, en este contexto, los problemas del delito de desaparición forzada de personas se presentan con relación a la vigencia del principio de legalidad, especialmente con la garantía de la irretroactividad de la ley penal, por cuanto, según este principio, y de acuerdo a las disposiciones contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (cfr: artículo 24), ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena, en razón de lo cual, las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso, salvo en los procesos penales en lo referido a las pruebas ya evacuadas, las cuales se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Así, atendiendo la disposición constitucional en comento, las normas penales rigen a partir del día siguiente de su entrada en vigencia, esto es: no se aplican a sucesos, actos u omisiones ocurridos con anterioridad a la eficacia de dicha norma, salvo que, la norma posterior sea más favorable al procesado o al condenado (artículo 6 del Código Penal).

*Por su parte, el artículo 49, numeral 6, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no estuvieren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes, en virtud de lo cual, de dicha disposición constitucional, nace el principio de tipicidad penal, comprendido dentro del principio de legalidad, que delimita el poder punitivo del Estado y que ha sido configurado por la doctrina como el principio del aforismo latino: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta et certa* (no hay crimen, no hay pena ni medida de seguridad, sin ley previa, escrita, estricta y cierta).*

Bajo esta perspectiva, surge entonces la interrogante respecto a la aplicación de la norma penal a hechos de desaparición forzada ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Penal de 2000, en cuya reforma se incluyó el delito de desaparición forzada de personas.

En tal sentido, cabe acotar que los citados instrumentos internacionales sobre derechos humanos (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Declaración de la Naciones Unidas para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas), no contemplan regulación alguna sobre este aspecto, aparte de que nuestra jurisprudencia patria ha señalado que, previamente, debe existir la tipificación de un delito para que una conducta sea castigada como tal.

Sin embargo, tanto la doctrina penal actualizada, desarrollando el principio de legalidad, como la jurisprudencia de Tribunales Constitucionales, entre estos el de Perú y Colombia, han aceptado que un comportamiento (acción u omisión) que no ha sido consumado en su totalidad puede ser tipificado como delito si durante esa consumación entra en vigencia la disposición legal que lo incluye como hecho punible, en razón de lo cual, la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada permite que el tipo penal se aplique de manera inmediata a la situación antijurídica que se mantiene sostenida por el agente y, por ende, que no se vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, por cuanto, tal y como lo señaló el Tribunal Constitucional de Perú en sentencia n.º: 2488 del 18 de agosto de 2002:

La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.

Ello es así, toda vez que el delito de desaparición forzada de personas no está determinado, en esencia, por la privación de la libertad de una persona, sino por su desaparición, esto es: la negación o ausencia de información sobre el detenido o sobre su paradero. Vale decir, la desaparición perdura mientras subsista el deber de informar...".

Prosigue la Sala en su sentencia indicando que ".investigar de forma suficiente las violaciones a los derechos humanos, constituye uno de los deberes elementales del Estado para garantizar la tutela de los derechos fundamentales, por cuanto la misma permite explicar las circunstancias en las que ocurrieron los hechos que pudieran generar,



inclusive, responsabilidad estatal; constituyendo un paso necesario para el conocimiento de la verdad por parte de los familiares de las víctimas y la sociedad, así como la sanción de los responsables y el establecimiento de medidas que prevengan la repetición de tales violaciones (especialmente cuando las mismas se califican como graves)...".

En este mismo orden de ideas, resulta pertinente destacar que la obligación por parte del Estado, específicamente relacionada con la búsqueda de los medios para la obtención de la justicia por parte de los órganos jurisdiccionales, adquiere especial relevancia en casos de graves violaciones a derechos humanos como lo son: la desaparición forzada, los asesinatos encubiertos, las ejecuciones extrajudiciales o la tortura, razón por la cual, los organismos internacionales también han manifestado que:

La investigación de la violación de determinado derecho sustantivo puede ser un medio para amparar, proteger o garantizar ese derecho. La obligación de investigar "adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados", incluso hasta alcanzar esa obligación, en algunos casos, el carácter de ius cogens. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación ex officio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida. (Vid., sentencia n.º 194/2009, 864/2012, 665/2016).

Ateniendo al criterio transcrito, se establece que una investigación enmarcada en la legalidad, transparencia, imparcialidad, objetividad y ajustada a derecho en relación a crímenes donde existan graves violaciones a los derechos humanos es considerada como la base para la obtención del fin único del proceso, como lo es la justicia y, con ello, ".el fortalecimiento y consolidación de un verdadero Estado de Derecho, entendido como aquel que, de manera efectiva e incondicionada salvaguarda los derechos fundamentales de la persona humana". (Vid. Sentencia N° 1092/2016 con ponencia de la Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado).

A manera de referencia, resultan paradigmáticas las normas previstas en los artículos 29, 30 y 271 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual, de forma inédita en el constitucionalismo patrio, dispuso que:

" Artículo 29. El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía".

" Artículo 30. El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables, o a su derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.

El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo.

El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados".

" Artículo 271. En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.

El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad



del imputado o de sus interpósitas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil".

En el contexto del presente asunto, especial mención merecen en esta materia las disposiciones previstas en el artículo 45 y en la Disposición Transitoria Tercera del Texto Fundamental vigente de 1999, según las cuales:

" Artículo 45. Se prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías, practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. El funcionario o funcionaria que reciba orden o instrucción para practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y denunciarla a las autoridades competentes. Los autores o autoras intelectuales y materiales, cómplices y encubridores o encubridoras del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo, serán sancionados o sancionadas de conformidad con la ley".

" Tercera. La Asamblea Nacional, dentro de los primeros seis meses siguientes a su instalación, aprobará:

1. Una reforma parcial del Código Penal para incluir el delito de desaparición forzada de personas, previsto en el artículo 45 de esta Constitución. Mientras no se apruebe esta reforma se aplicará, en lo que sea posible, la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas. (...)"

Todo Estado debe garantizar a sus conciudadanos el ejercicio libre y efectivo de sus derechos humanos mediante la adopción de los mecanismos necesario a tal fin, por lo que, este deber incluye la creación de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades establecidos en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir todo aquello que entrañe violación a las garantías allí previstas, como las que se evidencian en el presente caso.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de reparación del daño causado en estos casos de violaciones graves a los derechos humanos, se encuentra *"íntimamente vinculad[a] con la determinación de la verdad, la cual no sólo tiene una dimensión individual, destinada a la reparación de los derechos de la víctima y sus familiares, sino también colectiva, en la medida en que una sociedad democrática tiene derecho a conocer la verdad sobre dichos casos, siendo ello una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales investigativos y, de ser el caso, las posibles responsabilidades que se desprendan de los mismos".* (Vid. Sentencia N° 1092/2016 con ponencia de la Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado).

Por otra parte, esta obligatoriedad del Estado venezolano de investigar y sancionar los crímenes relacionados con violaciones a los derechos humanos o de lesa humanidad, se encuentra contenida en la *"Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Período 1958-1998"*, la cual fue creada con la finalidad de darle el carácter imprescriptible a este tipo de hechos punibles, excluyéndolos de cualquier beneficio procesal que pueda conllevar a su impunidad, incluso: el indulto y la amnistía, al igual que la causa de justificación sustentada en la obediencia legítima y debida (Cfr. artículo 2 de la ley en comentario).

En consecuencia, refiere esta Sala en sentencia n°. 186 del año 2015, estableció en cuanto a la imprescriptibilidad de la acción penal para sancionar la desaparición forzada de personas, lo siguiente:

"En cuanto al alegato formulado por el Ministerio Público, según el cual los homicidios de José Rafael Guerra y Alberto Millán constituyeron violaciones graves a los derechos humanos, y concretamente, del artículo 58 de la Constitución

VENEZUELA



Nacional de 1961 (el cual consagraba el derecho a la vida), y por ende la acción penal para sancionarlo es imprescriptible, esta Sala observa lo siguiente:

El artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone lo siguiente:

'**Artículo 29.** El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía'. (Resaltado del presente fallo).

Asimismo, el artículo 271 eiusdem establece lo siguiente:

(...)

A mayor abundamiento, esta Sala estableció en sentencia nro. 864 del 21 de junio de 2012, que la Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Periodo 1958-1998 establece expresamente que el Estado Venezolano tiene la obligación de investigar y castigar los delitos contra los derechos humanos y de lesa humanidad cometidos por sus autoridades, **sobre la base de la imprescriptibilidad de los mismos, excluyéndolos de cualquier beneficio procesal que pueda conllevar a su impunidad, incluso: el indulto y la amnistía, al igual que la causa de justificación sustentada en la obediencia legítima y debida.**

Igualmente, en sentencia nro. 65 del 15 de febrero de 2013, esta Sala Constitucional afirmó que del texto del artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se desprende que el Constituyente sólo perfiló algunas de las conductas delictivas respecto de las cuales, por ser susceptibles de ser encuadradas en los conceptos de delitos contra los derechos humanos o de lesa humanidad, no se extingue, por razón del transcurso del tiempo, la acción para procurar el enjuiciamiento de los responsables por su comisión, así como la sanción penal a dichos partícipes...".

Igualmente, se estima pertinente invocar el criterio asentado por esta Sala en sentencia nro. 864 del 21 de junio de 2012 (ver también sentencia nro. 1.713 del 14 de diciembre de 2012), según el cual:

"La obligación de investigar graves violaciones a los derechos humanos, es uno de los deberes elementales del Estado para garantizar la tutela de los derechos fundamentales, por cuanto la investigación judicial permite esclarecer las circunstancias en las que ocurrieron los hechos que generan responsabilidad estatal, constituyendo un paso necesario para el conocimiento de la verdad por parte de los familiares de las víctimas y la sociedad, así como el castigo de los responsables y el establecimiento de medidas que prevengan la repetición de las violaciones a los derechos humanos.

Por otra parte, además de la obligación inderogable de respetar el derecho a la vida y la prohibición de la tortura, desarrolladas tanto por el derecho internacional de los derechos humanos como por el derecho internacional humanitario, la investigación judicial efectiva de conductas lesivas de dichos derechos está concebida para tener un efecto protector, instructivo y disuasivo. Esta obligación ha sido ampliamente reconocida tanto en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el de otros tratados internacionales de protección de dichos derechos, y en la doctrina y jurisprudencia que han desarrollado los órganos encargados de su supervisión, los cuales de manera reiterada han establecido que es un deber estatal investigar con toda seriedad, valiéndose para ello de los medios que tengan a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación.

Asimismo, esta obligación adquiere especial relevancia en casos de graves violaciones a derechos humanos como lo son: las ejecuciones extrajudiciales, los asesinatos encubiertos, la desaparición forzada o la tortura, razón por la cual, de igual modo, los organismos internacionales competentes en la materia también han manifestado que:

(...)

Pese a dicha obligación, y aun cuando en la mayor parte del continente americano predominan los gobiernos elegidos democráticamente, sin embargo, persiste la práctica de graves violaciones a derechos humanos por parte de agentes estatales, el uso indiscriminado o excesivo de la fuerza en defensa de la seguridad ciudadana y en la lucha contra el terrorismo, la infiltración y utilización de las estructuras estatales

VENEZUELA



por parte del crimen organizado, entre otras, unido a aparatos institucionales incapaces de hacer frente a esta problemática, lo que mantiene vigente la preocupación por garantizar investigaciones adecuadas que puedan conducir al establecimiento de responsabilidades y sanciones.

Así, en términos generales, la investigación apropiada de graves violaciones de derechos humanos resulta un componente clave para la obtención de justicia, y con ello, el fortalecimiento y consolidación de un verdadero Estado de Derecho, entendido como aquel que, de manera efectiva e incondicionada, salvaguarda los derechos fundamentales de la persona humana. Adicionalmente, la obligación de investigar en forma diligente graves violaciones de derechos humanos requiere de prácticas, políticas públicas, instituciones y acciones destinadas a proteger la integridad y la vida de los ciudadanos.

De esta manera, la realización de una investigación efectiva es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como lo son, en el presente caso: los derechos a la libertad personal, a la integridad personal y a la vida. Esta apreciación es legítima cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

(...)

Por otra parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que garantiza la investigación y sanción de delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades, así como, el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, uno de los deberes primarios de los Estados Parte es el de asegurar el ejercicio efectivo de los derechos humanos allí contemplados mediante la adopción de las medidas legislativas o de cualquier otro carácter que fueran necesarias para ello, por lo cual, este deber incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías allí previstas.

De igual modo, cabe señalar que el efecto reparatorio que debe tener la investigación estatal en los casos de violaciones graves de los derechos humanos se encuentra íntimamente vinculado con la determinación de la verdad, la cual no sólo tiene una dimensión individual, destinada a la reparación de los derechos de la víctima y sus familiares, sino también colectiva, en la medida en que una sociedad democrática tiene derecho a conocer la verdad sobre dichos casos, siendo ello una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales investigativos y sus correspondientes responsabilidades.

Asimismo, en cumplimiento de sus obligaciones de garantizar el derecho a conocer la verdad, los Estados pueden establecer comisiones de la verdad, las que contribuirían a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad.

(...)

Dentro de las disposiciones normativas contenidas en la referida ley, hoy promulgada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º: 39.808, de fecha 25 de noviembre de 2011, cabe destacar, en primer término, el artículo 1, que consagra el objeto de la misma, cuya letra es la siguiente:

(omissis)

De igual modo, la ley en su texto normativo, asume expresamente que es obligación del Estado Venezolano la investigación y el castigo de los delitos contra los derechos humanos y de lesa humanidad cometidos por sus autoridades, sobre la base de la imprescriptibilidad de los mismos, excluyéndolos de cualquier beneficio procesal que pueda conllevar a su impunidad, incluso: el indulto y la amnistía, al igual que la causa de justificación sustentada en la obediencia legítima y debida (Cfr. artículo 2 de la ley).

Así, atendiendo a lo antes expuesto, esta Sala Constitucional concluye que el Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Penal de la entonces Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, al no traer a los autos elementos de pruebas fundamentales para la indagación de los hechos objeto del sumario de la época, no cumplió con la debida diligencia en la investigación judicial efectiva de conductas que podían haber constituido violaciones graves de derechos humanos y, por ende, dicha falta de actividad probatoria vulneró derechos fundamentales inherentes a la persona de Fabricio Ojeda, como son: la dignidad humana y el derecho a la vida, además, de



que su contenido afecta la aplicación e interpretación del orden público constitucional.

Por estos motivos, esta Sala declara que ha lugar la solicitud de revisión formulada por los abogados Juan Carlos Tabares Hernández, Espartaco Martínez y Alba Martínez Geara, en su carácter de Fiscales Trigésimo Noveno y Cuadragésimo Noveno del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena y Octogésima Tercera del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, respectivamente, y, en consecuencia, anula la decisión dictada el 26 de agosto de 1966, por el hoy suprimido Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Penal de la entonces Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en la que, de conformidad con lo establecido en el artículo 206, ordinal 2º, del Código de Enjuiciamiento Criminal, vigente para la época, declaró terminada la averiguación sumaria iniciada con ocasión de la muerte del ciudadano Fabricio Ojeda, en virtud de no revestir carácter penal los hechos objeto de la referida averiguación. Así se declara. (Resaltado del presente fallo).

Por ello, en casos como el presente, deben cuestionarse pronunciamientos jurisdiccionales que dan por demostrados o rechazados hechos, sin expresar en la motiva de la sentencia, cuál fue el proceso intelectual mediante el cual se fundó la estimación o desestimación de uno o algunos de los argumentos de impugnación, o que los mismos son planteados de forma contradictoria o incongruentes, pues ello arrastra el vicio de inmotivación de la sentencia, por falta de expresión congruente de las razones de hecho y de derecho que debe tomar el juez, para fundar la decisión.

En razón que la motivación de las decisiones judiciales, debe ser, además de expresa, clara, legítima y lógica, completa, en el sentido que debe comprender todas las cuestiones de la causa, abrazar las situaciones de hecho y de derecho, valorando completa y exhaustivamente los argumentos de impugnación, para así llegar a una conclusión, que ofrezca certeza y seguridad jurídica a las partes, sobre cuáles han sido los motivos de orden fáctico y legal que en su respectivo momento, determinaron a la Alzada, para conformar o eventualmente anular la decisión del Tribunal de Instancia (Vid. sentencias n.º 128/2011, n.º 502/2011, n.º 126/2012 y n.º 247/2012, entre otras).

Por todo lo antes expuesto, esta Sala Constitucional, en virtud de que no se cumplió con la debida diligencia en la investigación judicial efectiva de conductas que podían haber constituido violaciones graves de derechos humanos y, por ende, dicha falta de actividad vulneró derechos fundamentales inherentes a la víctima directa (y también a las indirectas) en el presente asunto, se declara ha lugar la solicitud de revisión formulada por la representación del Ministerio Público, y, en consecuencia, anula la decisión dictada el 14 de agosto de 1998, por el Consejo de Guerra Permanente de Maturín, en la averiguación sumarial instruida con motivo de la alegada detención y posterior desaparición física del ciudadano César Augusto Burguillos, en la que declaró terminada la misma, de acuerdo al artículo 206 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal en su ordinal 7º aplicable por disposición del artículo 20 del Código de Justicia Militar, que confirmó en consecuencia la decisión dictada por el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín, en fecha 16 de junio de 1998, la cual también se anula. **Así se decide.**

Por último, en vista la anterior declaración y a los fines de la reapertura y continuación de la investigación correspondiente para determinar realmente la realidad de lo ocurrido e, inclusive, la posible responsabilidad penal de los autores y partícipes de ese hecho, incluyendo a los superiores jerárquicos y demás funcionarios y personas en general que pudieran estar involucradas de forma directa o indirecta en el mismo, e, incluso, también de ser jurídicamente posible, en lo que atañe a los jueces que dictaron los fallos aquí anulados, a los efectos de evaluar la posible comisión del delito de encubrimiento u otros previstos en el respectivo Código Penal o alguna otra ley sustantiva vigente para el momento de los hechos que pudieran ser susceptibles de ser estimados relevantes desde la



perspectiva jurídica-penal, ordena oficiar al Circuito Judicial Penal Militar para que, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la respectiva notificación, remita al Ministerio Público la causa original contenida en el expediente n.º 18-0898-98 de la nomenclatura del Consejo de Guerra Permanente de Maturín, con el objeto que de conformidad a lo establecido en el artículo 19 de la Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Período 1958-1998, reabra y efectúe la correspondiente investigación penal para determinar la posible comisión de hechos punibles en ese caso y, de ser el caso, ejerza las acciones respectivas para determinar la responsabilidad de los autores y partícipes de los mismos. **Así se decide.**

V DECISIÓN

Por las razones precedentemente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en nombre de la República por autoridad de la ley, declara:

1.- Que es **COMPETENTE** para decidir la presente solicitud de revisión extraordinaria constitucional interpuesta por los abogados, **JUAN ARBERTO BARRADAS RODRÍGUEZ**, Fiscal 39º Nacional Plena, **HÉCTOR ALBERTO ALVARADO MILLÁN** Fiscal Auxiliar 39º Nacional Plena, **ELVIS JOSÉ RODRÍGUEZ MOLINA**, Fiscal 80º Nacional, **MERY GÓMEZ CADENAS**, Fiscal 08º Nacional Plena, **ARMANDO SAAVEDRA CASTILLO** Fiscal Auxiliar 08º Nacional Plena, **EDDMYSALHA GUILLEN CORDERO**, Fiscal 86º del Área Metropolitana, comisionados por la ciudadana Fiscal General de la República, Dra. **LUISA ORTEGA DÍAZ**.

2.- **HA LUGAR** la referida solicitud de revisión ejercida contra la sentencia dictada por el Consejo de Guerra Permanente de Maturín el 16 de agosto de 1998, que confirmó la decisión dictada por el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín el 14 de junio de 1998, que declaró extinguida por prescripción la acción penal y terminada la averiguación sumarial.

3.- **ANULA** los mencionados fallos dictados el 16 de junio de 1998, por el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín y el 14 de agosto del mismo año, por el Consejo de Guerra Permanente de Maturín, que declaró: **“TERMINADA LA PRESENTE AVERIGUACIÓN SUMARIAL, POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, instruida con motivo de la presunta detención y posterior desaparición del Ciudadano César Augusto Burguillos, conforme al artículo 206, Ordinal 7, del Código de Enjuiciamiento Criminal, aplicable al caso por disposición del artículo 20 del Código de Justicia Militar”**, las cuales son contrarias a los valores y principios elementales del Derecho y la Justicia, como lo son la imparcialidad y suficiencia en la investigación penal, la legalidad, la seguridad jurídica, el acceso a la justicia, la motivación de las sentencias, el debido proceso, la tutela judicial efectiva y, por ende, violatorio del artículo 50 de la Constitución de 1961, aplicable en razón del tiempo de los hechos *sub iudice*, todo ello conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a la Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Período 1958-1998.

4.- **ORDENA** al Ministerio Público que, conforme a lo establecido en el artículo 19 de la Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el Período 1958-1998, reanude el proceso a los fines de la continuación de la investigación penal correspondiente para determinar la



posible comisión de hechos punibles en ese caso y ejerza las acciones respectivas para determinar la responsabilidad de los autores y partícipes de los mismos.

5.- **ORDENA** oficial al Circuito Judicial Penal Militar para que dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la respectiva notificación, remita al Ministerio Público la causa original contenida en el expediente n.º 18-0898-98 (de la nomenclatura del Consejo de Guerra Permanente de Maturín).

Dada, firmada y sellada en el Salón de Sesiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 14 días del mes de junio de dos mil veintidós (2022). Años: 212º de la Independencia y 163º de la Federación.

La Presidenta,

GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO

La Vicepresidenta,

LOURDES BENICIA SUÁREZ ANDERSON

Los Magistrados,

LUIS FERNANDO DAMIANI BUSTILLOS

CALIXTO ORTEGA RÍOS

TANIA D'AMELIO CARDIET
PONENTE

El Secretario,

CARLOS ARTURO GARCÍA USECHE

Exp. N° 16-0295
TDC/

VENEZUELA



PARÁMETRO	CONTENIDO
País	República Bolivariana de Venezuela
Tribunal	Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Transito de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas.
Materia	Amparo Constitucional
Derechos involucrados	Derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, debido proceso, tutela judicial efectiva, privacidad del hogar doméstico, derecho a la salud, derecho a la vivienda.
Breve relación de los hechos	Desalojo Arbitrario tras hechos que interrumpen la posesión pacífica e ininterrumpida que se viene ejerciendo en la vivienda, por lo que el Juzgado ordena el restablecimiento de la situación jurídica infringida.
Fundamentos de derecho	Artículos 2, 26, 47 y 49, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de lo preceptuado en los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales
Contexto social y económico del caso	Se restablece, entre las partes amparándose a la parte accionante en su derecho a la vivienda que le sirve de hogar doméstico. Y se insta a las partes a que los conflictos que se presenten entre ustedes deben solucionarnos de forma amistosa porque son hermanos de padre y madre, además queda prohibido cualquier perturbación al derecho de posesión que ejerce legítimamente la parte querellante. Sitio de los hechos, Sector la Sabana del Zorro, Parroquia Boquerón, Estado Monagas.
Instancia procesal en la que se emite la sentencia	Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Transito de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas.

VENEZUELA



REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
JUZGADO SEGUNDO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, MERCANTIL Y
TRÁNSITO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO MONAGAS.

212° y 163°

A los fines de dar cumplimiento con lo establecido en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, se establece que en el presente juicio intervienen como partes y apoderados Judiciales las siguientes personas:

I

DE LAS PARTES Y SUS APODERADOSPARTE ACCIONANTE: PEDRO JOSÉ MARTINEZ MORA, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad V- 9414756 y de este domicilio.

ABOGADA ASISTENTE DE LA PARTE ACCIONANTE: GLEY MARYLENN GUATARAMA GERARDINO, venezolana, mayor de edad, titular de la cédula de identidad No. V.- 8.493.378, Abogada en ejercicio, IPSA No. 191.840.

PARTE ACCIONADA: JOSE ANTONIO MARTINEZ GÓMEZ, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad No. V.-11.195.497 y de este domicilio.

ABOGADO ASISTENTE DE LA PARTE ACCIONADA: Defensor Público Segundo en materia Civil, Especial e Inquilinaria Abogado LORGIO SALAZAR, C.I V.- 15.111.006, IPSA No. 293.233.

REPRESENTANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO DEL ESTADO MONAGAS: Abogados YEDULSI GONZALEZ y ERASMO HERNANDEZ, INPREABOGADO Nos. 141.535 y 104.311, con competencia en materia contencioso administrativo y derechos constitucionales con sede Maturín.

REPRESENTANTES DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO DEL ESTADO MONAGAS: Abogada HERMELINDA CABELLO, IPSA No. 65.960, delegada de la Defensoría del Pueblo del Estado Monagas.

MOTIVO: AMPARO CONSTITUCIONAL

EXP: 16825



II NARRATIVA

Conoce este Tribunal de la acción de amparo constitucional que interpusiera el ciudadano PEDRO JOSÉ MARTINEZ GÓMEZ, asistido por la Abogada GLEY MARYLENN GUATARAMA GERARDINO, antes identificada, en contra de la parte accionada JOSE ANTONIO MARTINEZ GOMEZ, ut supra identificado, alegando la parte accionante que su domicilio fue objeto de invasión, y solicitó se le restituyera inmediatamente la situación jurídica infringida.

Dentro de este mismo contexto y admitida como fue la acción de amparo constitucional en fecha 09/05/2022, se ordenó la notificación del presunto agravante ciudadano JOSE ANTONIO MARTINEZ GOMEZ, ut supra identificado, asimismo se le participó al Fiscal Superior del Ministerio Público y al representante de la Defensoría del Pueblo del Estado Monagas.

Siguiendo este orden ideas, es de señalar que este Tribunal por auto de fecha 06/05/2022, indicó que practicadas como han sido las notificaciones en la presente acción, se fijó la audiencia oral y pública para el día lunes (09) de Mayo de 2022 a las 10:00 a.m. Así entonces, llegado el día y la hora se celebró la audiencia, a la cual comparecieron ambas partes, los Abogados asistentes, así como la representación del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo del Estado Monagas y dicha audiencia se llevó a cabo en los términos siguientes:

Omissis “ ... En horas del día de hoy Nueve (09) de Mayo de 2022, siendo las 10:00 a.m. de la mañana día y hora fijados para que tenga lugar la audiencia constitucional oral y pública a que se contrae el artículo 26 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se abrió el acto previo anuncio dado a las puertas del Tribunal por el Alguacil del mismo, estando presente el ciudadano PEDRO JOSE MARTINEZ GOMEZ, , C.I., V.- 9.414.756, asistido por la Abogada GLEY MARYLENN GUATARAMA GERARDINO, INPREABOGADO No. 191.840, de la misma forma se hizo presente el ciudadano JOSE ANTONIO MARTINEZ GOMEZ, parte accionada, asistido por el Defensor Público Segundo en materia Civil, Especial e Inquilinaria, Abogado LORGIO SALAZAR, C.I V.- 15.111.006, IPSA No. 293.233, de la misma forma se deja expresa constancia que se encuentran presente los Fiscales del Ministerio Público Abogados YEDULSI GONZALEZ y ERASMO HERNANDEZ, INPREABOGADO Nos. 141.535 y 104.311, con competencia en materia contencioso administrativo y derechos constitucionales con sede Maturín, se deja constancia que la representación de la Defensoría del Pueblo se hizo presente en la persona de la ciudadana HERMELINDA CABELLO IPSA 65.960 Delegada de la Defensoría del

VENEZUELA



Pueblo del Estado Monagas. El Tribunal le concede un tiempo de Diez (10) minutos de exposición y de réplica y contrarréplica de Cinco (05) minutos. Se le concede el derecho de palabra al Abogada GLEY MARYLENN GUATARAMA y expone: Represento al accionante y actúo en mi propio nombre y representación, fui invadida en nuestro hogar, me encontraba en Caracas haciendo gestiones de salud y seguro médico, somos docentes de la Universidad Bolivariana, el ciudadano JOSE ANTONIO MARTINEZ, irrumpieron en nuestro hogar que he tenido convivencia pacífica e ininterrumpida tenemos la posesión, tenemos línea telefónica, agotamos todas las vías administrativas ante la Fiscalía, ahí tenemos todos los enseres nevera, cama, nuestras cédulas y pasaportes, tenemos cesión de derechos, carta del consejo comunal, dejo constancia que el accionado no actuó solo sino en compañía de otro hermano y llevó una tre blazer, le quitaron la cerradura a la casa e irrumpieron en ella, volaron la puerta de atrás de la casa, desinstalaron las cosas, sufrí una crisis hipertensivas y sufrí un ACV, la jefa del CLAR y dio fe y declaró que somos los poseedores pacíficos de nuestra residencia, solicito se oficie a la Fiscalía Primera sobre el expediente Fiscal 750555-2022 a los fines legales pertinentes, tengo hasta mi título de Abogada Ahí, mi papá tiene cáncer de próstata y me prestó para estar ahí, producto de toda esta situación tengo muy comprometida mi salud y solicito la restitución a nuestro domicilio, solicito inspección judicial a nuestro domicilio para verificar el estado de nuestras pertenencias. Es todo. En estado interviene el Defensor Público Lorgio Salazar y expone: En aras de garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso una vez notificado para ejercer la defensa del accionado y una vez revisado el libelo de la demanda y en conversación con mi defendido solicito sea escuchado y le solicito se acuerde que mi defendido alegue de una forma ordinaria porque en la parte jurisdiccional se encarga la defensa pública, y consignará un escrito, y la defensa pública garantiza la defensa del accionado, por lo tanto niego, rechazo y contradigo las pruebas y el libelo de la demanda que está explanado allí y solicito que la demanda sea declarada sin lugar. Es todo. En este estado interviene el ciudadano JOSE ANTONIO MARTINEZ GOMEZ y expone: Primero niego, rechazo y contradigo en todas sus partes las afirmaciones y relatos hechos por el accionante, y rechazo los alegatos de la abogada que lo asiste, tales acusaciones son falsas e infundadas, la acción de amparo es improcedente, no tiene propiedad ni posesión aquí en Maturín, y dicha propiedad fue de mi padre y ha servido de asiento a varios familiares, no hay declaración sucesoral, no hay cesión de derechos y ese registro lo tramite yo mismo aquí en Maturín, ha sido una propiedad familiar desde el año 1989, consigno declaración de únicos y universales herederos, no existe invasión porque nadie invade lo que es suyo, somos tres herederos, la casa está abandonada desde hace más de 6 meses, los bienes de ellos están ahí, la posesión es falsa. En aras de la búsqueda de la verdad y sin suspender esta audiencia constitucional oral y pública el Tribunal

VENEZUELA



acuerda trasladarse y constituirse en la vivienda de marras, y el Tribunal estando constituido en el inmueble ubicado en la calle del tanque, casa No. 2, sector la Sabana del Zorro, Parroquia Boqueron, el Tribunal de vuelta a la sede deja constancia de los siguientes hechos: La puerta de acceso a la vivienda estaba cerrada con un candado cuya llave fue suministrada por el querellado después de buscarla al lado de la vivienda y hablar el Tribunal constituido, la Defensoría del Pueblo, el Defensor Público y la Fiscalía del Ministerio Público, suministrándonos además la otra llave de acceso a la vivienda, verificándose que efectivamente se encontraban los bienes de la parte querellante y otros enseres arrumados en último cuarto o espacio, dejando constancia además que el empotrado de la cocina estaba desinstalado e igual la sala y al abrir uno de los cuartos se le preguntó al querellado a quien pertenecía la cama que se encontraba en ese cuarto y respondió que era la cama de su padre y que la introdujo para meter una persona con el fin de cuidar el inmueble, y el Tribunal determinó sin lugar a dudas que la parte querellante habitaba el inmueble porque sus pertenencias permanecen en la habitación sin ser posible hacer un inventario detallado ya que lo se trata de demostrar es la posesión pacífica de la querellante, en este estado el Tribunal escucha la opinión de la defensoría: Se pudo evidenciar que los enseres de la accionante en amparo los cuales ella manifestó que estaban dentro de esta casa oportunamente evidentemente se encontraba dentro del inmueble de una manera desordenada y llama la atención cuando ella manifiesta que tiene su habitación se le pregunta personalmente al querellado o accionado que que hacía esa cama allí y el respondió que la había introducido a fin de ubicar a una persona para que cuidara la casa, por eso llama la atención que la casa ya estaba habitaba y busca quien la cuidara en razón de que habían enseres dentro de ella, entre otras consideraciones, en este estado la representación del Ministerio Público expone: De la inspección esta representación fiscal pudo evidenciar que efectivamente existían enseres propiedad de los querellantes, hecho este que en ningún momento fue negado por el querellado, igualmente esta representación fiscal de acuerdo a la declaración del querellado pudo observar que la ocupación del inmueble por parte del querellado según su propio dicho fue para su cuidado porque presuntamente el bien estaba solo y existía el peligro de que pudieran invadir, en tal sentido esta representación quiere preguntar al querellado lo siguiente: En vista de que actualmente se encuentran presentes los querellantes existe de su parte algún problema en que ellos ocupen nuevamente el inmueble? Respondió: No hay ningún problema de que ellos ocupen el inmueble, en tal sentido y en vista de lo expuesto por el querellado esta representación Fiscal solicita que la presente acción de amparo sea declarada con lugar y por cuanto no existe ningún impedimento para que vuelvan a su inmueble los querellante solicito al Tribunal previa otra observación declare Con Lugar la presente acción de Amparo. En este estado la representación de la Defensa Pública expone: Una vez

VENEZUELA



traslado el Tribunal al bien inmueble de marras este despacho defensoril solicita que deje constancia que las llaves de la puerta principal de la vivienda la tenía ambas partes, la defensa pública solicita que una vez decidido el Juez constitucional solicite a las partes una reunión en el despacho de la defensa pública segunda porque allí existe la modalidad de resolución de conflictos para garantizar el derecho a la defensa de las partes y poder llegar a resolver el conflicto y no pase más allá por existir herencia y es bueno que las partes reconozcan que son hermanos sangre de su sangre y no debe haber tal conflicto. En este estado el Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, actuando en sede constitucional en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y de conformidad con el material probatorio que riel a en los autos y específicamente con la inspección judicial en sede constitucional y sin suspender la audiencia constitucional acompañado de las partes, de la Defensora del Pueblo delegada para el Estado Monagas, los Fiscales del Ministerio Público, el Abogado de la Defensa Pública Dr. Lorgio Salazar, declara: CON LUGAR la presente acción de AMPARO CONSTITUCIONAL, y restituye la situación jurídica infringida al estado que más se aproxima al estado que se encontraba la violación constitucional realizada por la parte querellada ciudadano JOSE ANTONIO MARTINEZ GOMEZ, ut supra identificado y hace entrega a la parte querellante de la única llave que impedía el acceso a la vivienda de marras, con la advertencia de que el desacato a este mandato constitucional trae la consecuencias penales correspondientes. Se condena en costas a la parte querellada ciudadano JOSE ANTONIO MARTINEZ, e insta a las partes a que los conflictos que se presenten entre ustedes deben solucionarnos de forma amistosa porque son hermanos de padre y madre, queda prohibido cualquier perturbación al derecho de posesión que ejercer legítimamente que ejerce la parte querellante. El Tribunal se reserva el lapso de cinco días para dictar el extenso del fallo.

MOTIVA

Este Tribunal debe indicar que todo ciudadano tiene derecho de acceder a los órganos de administración de justicia para que le sean resueltas sus pretensiones.

Así pues se constituye el acceso a los órganos de justicia como una garantía que el Estado debe asegurarle a sus ciudadanos, cuyo contenido radica en la posibilidad de que los mismos se sientan en la plena libertad de acudir ante los órganos jurisdiccionales para que, mediante la implementación de los recursos procesales consagrados en el ordenamiento jurídico que estimen convenientes puedan proceder a la defensa y resguardo de sus derechos e intereses. Siendo

VENEZUELA



menester precisar como lo ha señalado la doctrina que esta posibilidad o mejor dicho libertad de acceso a los órganos jurisdiccionales, comporta entonces que el ciudadano pueda ejercer los recursos y las acciones procesales que considere pertinentes sin más limitaciones que las establecidas en la ley a los efectos de otorgar funcionalidad al sistema de justicia.

Al respecto se debe hacer mención que el Amparo Constitucional está consagrado en el Artículo 27 de nuestra Carta Magna que preceptúa:

Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto. La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.” ... En ocasión a las presuntas violaciones señaladas por la parte accionante, ha sido reiterativo el criterio que han sostenido nuestros Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, en relación a la violación al derecho a la defensa y al debido proceso. Así entonces el artículo 49 de nuestra Carta Magna consagra: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y en consecuencia: 1.- La defensa y asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado...(omissis) Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga (omissis) y de disponer de tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa...”(énfasis añadido).

Todas esas consideraciones nos permiten estudiar la presente causa así tenemos que: Interpuesta como ha sido la presente acción de amparo constitucional, este sentenciador considera relevante traer a autos cual es el objeto del proceso de amparo constitucional, así el mismo es la protección de derechos y garantías constitucionales.

En base a ello y en primer lugar este Tribunal declara su competencia para conocer de la presente acción de amparo constitucional, en virtud de que guarda relación con la materia que está facultado para que este Juzgado pueda conocer,

VENEZUELA



todo ello en concordancia con la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 20/01/2000, caso EMERY MATA MILLAN. Y así se declara

Ahora bien, en cuanto a las pruebas documentales aportadas al proceso tales como: copias simples de fotografías, constancia de residencia de la parte accionante, acta de nacimiento, copias de facturas, acta de defunción e informe médico, así como título supletorio del inmueble de marras, este Tribunal las tiene como fidedignas al no ser impugnados ni tachados por la contraparte. Y así se declara

Especial énfasis hace este Tribunal en aras de la búsqueda de la verdad y sin suspender la audiencia constitucional oral y pública el Tribunal acordó trasladarse y constituirse en la vivienda de marras, y el Tribunal estando constituido en el inmueble ubicado en la calle del tanque, casa No. 2, sector la Sabana del Zorro, Parroquia Boqueron, donde se dejó constancia de los siguientes hechos: “ La puerta de acceso a la vivienda estaba cerrada con un candado cuya llave fue suministrada por el querellado después de buscarla al lado de la vivienda y hablar el Tribunal constituido, la Defensoría del Pueblo, el Defensor Público y la Fiscalía del Ministerio Público, suministrándonos además la otra llave de acceso a la vivienda, verificándose que efectivamente se encontraban los bienes de la parte querellante y otros enseres arrumados en último cuarto o espacio, dejando constancia además que el empotrado de la cocina estaba desinstalado e igual la sala y al abrir uno de los cuartos se le preguntó al querellado a quien pertenecía la cama que se encontraba en ese cuarto y respondió que era la cama de su padre y que la introdujo para meter una persona con el fin de cuidar el inmueble, y el Tribunal determinó sin lugar a dudas que la parte querellante habitaba el inmueble porque sus pertenencias permanecen en la habitación sin ser posible hacer un inventario detallado ya que lo se trata de demostrar es la posesión pacífica de la querellante...” vale destacar que a dicha inspección se le otorga pleno valor probatorio por haber el Tribunal constatado de forma veraz y certera los hechos alegados por la parte accionantes, demostrándose que la parte accionada falseaba los hechos alegados. Y así se declara

Del mismo modo el Tribunal le otorga valor probatorio a la opinión de la Defensoría del Pueblo al indicar : “ ..Se pudo evidenciar que los enseres de la accionante en amparo los cuales ella manifestó que estaban dentro de esta casa oportunamente evidentemente se encontraba dentro del inmueble de una manera desordenada y llama la atención cuando ella manifiesta que tiene su habitación se le pregunta personalmente al querellado o accionado que que hacía esa cama allí y el respondió que la había introducido a fin de ubicar a una persona para que

VENEZUELA



cuidara la casa, por eso llama la atención que la casa ya estaba habitada y busca quien la cuidara en razón de que habían enseres dentro de ella, entre otras consideraciones...”

Del mismo modo el Tribunal le otorga valor probatorio a la opinión del Ministerio Público al señalar: en este estado la representación del Ministerio Público expone: De la inspección esta representación fiscal pudo evidenciar que efectivamente existían enseres propiedad de los querellantes, hecho este que en ningún momento fue negado por el querellado, igualmente esta representación fiscal de acuerdo a la declaración del querellado pudo observar que la ocupación del inmueble por parte del querellado según su propio dicho fue para su cuidado porque presuntamente el bien estaba solo y existía el peligro de que pudieran invadir, en tal sentido esta representación quiere preguntar al querellado lo siguiente: En vista de que actualmente se encuentran presentes los querellantes existe de su parte algún problema en que ellos ocupen nuevamente el inmueble? Respondió: No hay ningún problema de que ellos ocupen el inmueble, en tal sentido y en vista de lo expuesto por el querellado esta representación Fiscal solicita que la presente acción de amparo sea declarada con lugar y por cuanto no existe ningún impedimento para que vuelvan a su inmueble los querellantes solicito al Tribunal previa otra observación declare Con Lugar la presente acción de Amparo.

En este estado el Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, actuando en sede constitucional en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y de conformidad con el material probatorio que riel en los autos y específicamente con la inspección judicial en sede constitucional y declara: CON LUGAR la presente acción de AMPARO CONSTITUCIONAL, y restituye la situación jurídica infringida al estado que más se aproxima, al estado que se encontraba la violación constitucional realizada por la parte querellada ciudadano JOSE ANTONIO MARTINEZ GOMEZ, ut supra identificado y hace entrega a la parte querellante de la única llave que impedía el acceso a la vivienda de marras, con la advertencia de que el desacato a este mandato constitucional trae la consecuencias penales correspondientes. Y así se declara

Ahora bien, estando justificada la presente acción por ser la vía más rápida y expedita para la restitución de los derechos y garantías denunciados como infringidos, son motivos suficientes para que este Tribunal declare con lugar la acción de amparo constitucional interpuesta. Y así se declara



IV DISPOSITIVA

Por los razonamientos que anteceden este Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, actuando en Sede Constitucional y de conformidad con lo preceptuado en los artículos 2, 26, 47 y 49, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de lo preceptuado en los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, declara CON LUGAR la presente acción de AMPARO CONSTITUCIONAL, interpuesta por el ciudadano PEDRO JOSÉ MARTINEZ MORA, venezolano, mayor de edad, titular de la cédula de identidad V- 9414756 y de este domicilio, asistido por la Abogada GLEY MARYLENN GUATARAMA GERARDINO, venezolana, mayor de edad, titular de la cédula de identidad No. V.- 8.493.378, Abogada en ejercicio, IPSA No. 191.840, de edad, titular de la cédula de identidad No. V.-11.195.497 y de este domicilio, asistido por el Defensor Público Segundo en materia Civil, Especial e Inquilinaria Abogado LORGIO SALAZAR, C.I V.- 15.111.006, IPSA No. 293.233 y restituye la situación jurídica infringida al estado que más se aproxima al estado que se encontraba la violación constitucional realizada por la parte querellada ciudadano JOSE ANTONIO MARTINEZ GOMEZ, ut supra identificado y hace entrega a la parte querellante de la única llave que impedía el acceso a la vivienda de marras, con la advertencia de que el desacato a este mandato constitucional trae la consecuencias penales correspondientes. Igualmente queda terminantemente prohibido que la parte accionada realice acciones de hecho que perturben a la parte accionante supra identificada en el inmueble de marras. -En consecuencia de lo anterior: Se restablece la situación jurídica infringida amparándose a la parte accionante en su derecho a la vivienda que le sirve de hogar doméstico. Y se insta a las partes a que los conflictos que se presenten entre ustedes deben solucionarnos de forma amistosa porque son hermanos de padre y madre, queda prohibido cualquier perturbación al derecho de posesión que ejerce legítimamente la parte querellante. Y el mandamiento de amparo aquí proferido debe ser acatado por todas las autoridades de la República Bolivariana de Venezuela, so pena de incurrir en desobediencia de la autoridad. Se condena en costas a la parte accionada. PUBLIQUESE, REGISTRESE, CÚMPLASE Y DEJESE COPIA. Dado, sellado y refrendado en la Sala de Audiencia del Tribunal Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del

VENEZUELA



Estado Monagas. En Maturín a los Dieciséis (16) días del mes de Mayo de 2022.
Años 212° de la Independencia y 163° de la Federación.

El Juez Abg. Gustavo Posada Villa.

La Secretaria Abg. Milagro Palma.

En esta misma fecha, se dictó la anterior decisión, siendo las 10:00 a.m.

Conste.

La Secretaria Abg. Milagro Palma
GP/**

Exp. 16825